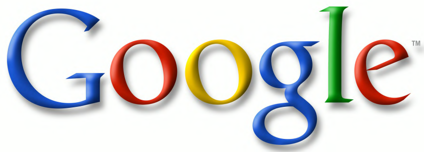


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

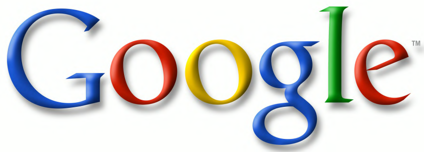
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`





HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 14 1927



HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 14 1927



HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 14 1927

IL

PALAZZO DI GIUSTIZIA

RACCOLTA

DI SENTENZE CIVILI E COMMERCIALI EMANATE DALLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE

SEDENTI IN ROMA

Direttore

MARTORELLI AVV. ANTONIO SANTE

Ufficio: Via Alessandrina, n. 2, Roma



ROMA

TIP. SOCIETÀ TIPOGRAFICO-EDITRICE ROMANA

Via delle Coppelle, 35

1907



HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 14 1927



Anno IV. **Gennaio 1907** **Fascicolo I.**

IL PALAZZO DI GIUSTIZIA

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

23 maggio 1906 n. 415

Pugliese *Pres.* — Riccobono *Est.*

Crotta (avv. *B. Chimirri*) contro **Rancarani** (avv. *P. Careddu*).

Il giudice, in materia commerciale, ha facoltà, non obbligo, di concedere la prova per testimoni anche nei casi preveduti dall'art. **1341** *Codice civile* (1).

Ove il giudice in tali casi conceda o rifiuti la prova, non è egli tenuto a motivare sulla concludenza o rilevanza della prova medesima (2).

La Corte, ecc. — Infondato è il secondo motivo del ricorso, non sussistendo la dedotta violazione dell'art. 44 del Cod. di commercio in ordine alla chiesta prova per testimoni, nè la trasgressione all'obbligo della motivazione.

Per il citato disposto dell'art. 14 è ammessa la prova testimoniale delle obbligazioni commerciali, anche nei casi preveduti nell'arti-

---

(1) Non sappiamo come possa dubitarsi di ciò di fronte all'inciso « *semprechè l'autorità giudiziaria lo consenta* », usato nell'articolo 44 del Cod. di commercio.

(2) Abbiamo considerato alquanto se questa massima rispecchiasse con esattezza il pensiero dell'illustre estensore della sentenza che commentiamo. Non può nascondersi che la prima lettura del testo lascia un'impressione di vaghezza o fa pensare per lo meno che il magistrato non sia stato molto felice nell'esprimersi; ma, rileggendo bene il testo, soprattutto nell'ultima sua parte, bisogna restare convinti che l'opinione seguita dal Collegio Supremo è precisamente quella da noi trascritta nella massima.

Ora, se così è, la Cassazione romana sarebbe venuta ad adottare il principio, posto con maggiore assolutezza dalla consorella fiorentina (dec. 26 maggio 1906, in *Foro ital.*, 1906, 1, 1433) cioè che il giudice non è tenuto ad esporre le ragioni per le quali, valendosi della facoltà discrezionale attribuitagli dall'art. 44 cod. comm., ammette o respinge in materia commerciale la domanda di prova per testi, nei casi in cui tale prova sarebbe inammissibile ai sensi dell'art. 1341 Cod. civile.

Un simile principio, però, trovasi combattuto con la consueta profondità di dottrina nella seguente elegantissima nota critica del prof. Ludovico MORTARA, che questi ci ha cortesemente autorizzati a pubblicare. Il MORTARA così confuta i ragionamenti fatti dalla Corte fiorentina nella sentenza 26 maggio 1906, testè citata:

« Nel caso deciso la sentenza denunciata era sufficientemente motivata, dice la Corte di Cassazione nella prima parte del suo ragionamento. Sarebbe stato meglio che la stessa Corte non aggiungesse la seconda parte, cioè le poche linee del secondo periodo, per proclamare un principio non necessario alla decisione e sommamente pericoloso per le possibili applicazioni, essendo sostanzialmente erroneo. Mi affretto a rendere omaggio alla verità, riconoscendo che questa non è affatto la prima edizione dell'errore, il quale trovasi autorevolmente enunciato anche da qualche egregio scrittore.

Non vi è obligo di motivare sulla ammissione della prova testimoniale in materia commerciale, nei casi in cui il codice civile la vieta, perchè ammettendola o negandola il magistrato esercita un potere discrezionale. Questa tesi della sentenza (non nuova, come ho accennato) si risolve nella affermazione del principio seguente: quando il giudice ha riconosciuto che la causa è commerciale, può

colo 1341 del Cod. civile, semprechè l'autorità giudiziaria lo consenta.

Se, pertanto, è vero che in materia di commercio, di regola, non s'incontra ostacolo nella legge per l'ammissione della prova testimoniale, d'altra parte non è a ritenere che il giudice sia obbligato a concederla, secondo l'assunto del ricorrente.

---

ammettere o respingere la prova testimoniale senza obbligo di altra motivazione. Dunque, tutta la motivazione si sintetizza in questo caso nella dichiarazione del carattere commerciale della controversia. Dunque, ancora, la Corte di cassazione avrebbe sbagliato essa medesima accennando nelle prime linee della motivazione di aderire al concetto *che l'ammissibilità della prova non sia conseguenza necessaria dell'indole commerciale dell'azione*.

La contraddizione che qui accidentalmente rilevo ha una importanza molto relativa; poichè, io ripeto, questa sentenza mi porge l'occasione di discutere un errore non nuovo; ed intorno a questo, più che intorno alla sentenza, si deve svolgere la mia critica

La strana idea che nell'esercizio della funzione giurisdizionale civile, quale è senza dubbio il pronunziare sulla ammissibilità di una prova, il magistrato non debba dar ragione dell'uso che fa di un potere discrezionale, ossia del prudente arbitrio datogli dalla legge, è contraria ai principii del diritto e a quelli del buon senso. A prima vista può parere meno grave il risultato pratico quando è stata (come nella specie decisa dalla Corte fiorentina) ammessa la prova; si può pensare che è poco male avere aggiunto al processo un elemento istruttorio, quand'anche siavi possibilità di riconoscerlo poi inconcludente o superfluo. Gli esperti della materia processuale sanno però apprezzare quanto possa essere dannoso, oltre che ingiusto, introdurre nel giudizio un elemento d'istruzione non utile o necessario; in ogni modo, anche concedendo che si presenti più grave l'ipotesi opposta dell'atto d'istruzione rifiutato ingiustamente dal giudice, è manifesto che, se lo dimostrerò errata sotto questo punto di vista la massima della sentenza annotata, avrò confutato completamente la proposizione che essa enuncia, giacchè l'errore è, per dir così, indivisibile rispetto ai due casi della prova ammessa e della prova negata.

Intanto la prima e più semplice confutazione è data da una semplice osservazione; la sentenza deve essere motivata perchè la legge così vuole a pena di nullità (art. 60 e 61 cod. proc. civ.) E la giurisprudenza ha da lungo tempo stabilito che l'obbligo di motivare le sentenze non soffre eccezioni, neppure se si tratta delle sentenze di arbitri amichevoli compositori, ovvero di quelle dei conciliatori per valore non superiore a cinquanta lire, vale a dire di sentenze inappellabili, pronunziate con poteri essenzialmente discrezionali. Tanto meno vi può essere eccezione per le sentenze di pretori o dei tribunali sulla materia in discorso, le quali sono sempre appellabili. E' necessità inerente alla stessa natura della sentenza appellabile la motivazione, poichè questa rende possibile il sindacato del giudice superiore.

I magistrati non pronunziano oracoli, ma svolgono argomentazioni e ragionamenti per dimostrare che le decisioni loro sono conformi a giustizia.

Parrebbe molto singolare che un dotto ed alto consesso, come è la Corte di cassazione toscana, avesse dimenticato o postergato nozione così elementare.

Il magistrato a cui si domanda l'ammissione di una prova deve esaminare sempre se è pertinente alla causa, concludente ed utile ai fini dell'istruzione, non vietata da speciale proibizione di legge.

Quando tali indagini siano risolute in senso favorevole alla domanda, la prova deve essere ammessa; in caso contrario deve essere negata. Negarla, dopo il favorevole risultato delle predette indagini, perchè l'ammetterla o non ammetterla è nei poteri del giudice, significa sostituire l'arbitrio cieco alla giustizia. Di ciò la giurisprudenza ha pur fatto ragione, statuendo ormai definitivamente che il giudice non può respingere una prova orale sotto pretesto di inverosimiglianza o impossibilità dei fatti articolati, a meno che si tratti d'impossibilità materiale, dimostrata da leggi cosmiche o razionali di indubitata certezza. Ancora più grave, evidentemente, sarebbe il caso del rigetto della istanza di prova *perchè così piace al giudice*.

Io credo che in una controversia di puro diritto civile nessuno oserebbe insorgere contro la verità a[illegible] di simili proposizioni. Pur troppo, per la materia commerciale, in relazione specialmente alla prova per i testimoni, la percezione di codesta verità venne annebbiata da una fallace per quanto superficiale interpretazione di quelle parole scritte nell'art. 44, secondo cui la prova testimoniale è ammessa « *semprechè l'autorità giudiziaria lo consenta, anche nei casi preveduti nell'art.* 1341 *cod. civile* ». Quale sia il vero significato di tali parole ho spiegato recentemente in un mio libro (*Commentario del Codice e delle leggi di proc. civile*, vol. III, n. 512), e qui ripeterò.

Noto in prima che l'interpretazione da me combattuta trasse pretesto, più che autorità, dai lavori preparatori, poichè la relazione alla Camera dei deputati menzionò il « libero criterio dell'autorità giudiziaria » nel decidere sull'ammissione della prova; e la relazione ministeriale aveva parlato di " facoltà discrezionale del giudice, temperata dal suo equo discernimento e dal retto giudizio dei fatti e delle circostanze che li accompagnano,,. Frasi vaghe,

A bene intendere il pensiero contenuto nella disposizione del citato art. 44, conviene aversi riguardo ad una duplice condizione; inquantochè, o il giudice della materia commerciale versa in tema per il quale la legge civile vieta la prova testimoniale, e in tal caso, in via di eccezione, è affidato al suo potere discrezionale il concederla o negarla, e,

---

come per mala sorte sono spesso quelle che fanno le spese delle interpretazioni dedotte dai lavori preparatorii; non tanto vaghe però da favorire il concetto della dispensa del giudice dell'obbligo di motivare la sua decisione. Il VIVANTE, *Trattato*, IV, 1578, scrive:

« Questo potere amplissimo trapassò nei tribunali presenti dalla giurisdizione consolare, alla quale statuti e ordinanze riconobbero in ogni tempo un potere insindacabile di troncare le liti, rifiutando l'ammissione delle prove che credevano superflue ».

In nota però egli rammenta che alcuni statuti permettevano, altri imponevano, di respingere la prova orale contraddicente a quella scritta; ed è ricordo esattissimo. Onde tutt'insieme la proposizione surriferita, malgrado l'autorità dell'estimio commercialista, non risulta accettabile. Tra gli statuti e le ordinanze e il codice attuale di commercio non vi fu continuità storica, ma brusca interruzione, anzi, operata dai codici precedenti, che non conferirono al giudice commerciale quel potere amplissimo di cui parla il VIVANTE; nè ad ogni modo la legislazione processuale odierna, intesa secondo i criteri fondamentali che la ispirano, consente ai giudici degli affari di commercio poteri insindacabili, dal momento che assoggetta al rimedio dell'appellazione le loro sentenze.

Inoltre a prescindere dalla insindacabilità, il potere di respingere una prova superflua non è speciale per le controversie negli affari di commercio; anzi, più che un potere è un dovere del giudice, anche nelle materie civili, non per troncare, ma per condurre a termine le liti con celerità e giustizia, evitando procedimenti vessatorii e inutili. In fine, se gli statuti vietavano la prova testimoniale in contraddizione alle scritture, l'art. 44 sancisce, invece, un principio opposto; onde la filiazione diretta del medesimo da quella origine è tutt'altro che chiara e bene accertata.

Mi pare più semplice riconoscere che la disposizione del nostro codice deriva dall'art. 109 cod. comm. franc., che ha reso di diritto comune la prova per testimoni negli affari di commercio; ma rendendola di diritto comune non ha dispensato il giudice dall'uniformarsi alle norme comuni che disciplinano l'esercizio dei suoi poteri, prima fra tutte quella di dar ragione del modo in cui li esercita, sia che ammetta o che respinga la domanda di istruzione.

Ancora più grave mi sembra la difficoltà di seguire il VIVANTE nell'altra idea che egli esprime in continuazione, affermando che il legislatore ha delegato in questa materia il proprio potere al giudice, così che, a modo di esempio, potrebbe essere legittimamente respinta la domanda della prova quando, ad avviso del magistrato, « l'importanza o lo svolgimento dell'affare non compativa la mancanza di una prova scritta ».

Osservo, contro questa affermazione, che, essendo stabilita illimitatamente dal cod. la possibilità della prova per testimoni negli affari commerciali, si va contro la parola della legge attribuendo al giudice la pericolosa potestà di imporre come *necessaria* (sia pure *ad probationem tantum*) la scrittura in vista della entità economica dell'affare. E' una limitazione *ex post* del diritto che la legge conferisce alle parti di trattare verbalmente ogni affare commerciale; limitazione che deve apparire molto pericolosa, mentre nelle materie civili, e anche nelle commerciali per molti casi, dove il legislatore ha creduto che l'indole o l'importanza dell'affare richiedessero la prova scritta, ebbe cura di stabilirlo espressamente; così le parti, prevenute in tempo, sanno bene qual'è la diligenza di cui sarà loro chiesto conto nel caso di controversie giudiziali. Ma non si concludono forse affari per milioni sulla semplice parola, nei centri commerciali, tutti i giorni? In che si può fondare la *non compatibilità della mancanza di una prova scritta*, di fronte al diritto positivo, mentre il giudice che può negare la prova testimoniale, non può fare altrettanto per l'interrogatorio o per il giuramento?

Notisi per di più che l'argomentazione del VIVANTE determina i poteri del magistrato solo in relazione al rifiuto della prova, il che suppone altrettanta libertà nell'ammetterla; mentre, per lo meno, l'ammissione deve essere subordinata all'esame della concludenza e della utilità della prova, nessuno potendo consentire che basti avere riconosciuto il carattere commerciale di una lite per ammettere in essa la prova testimoniale che fosse inconcludente o superflua, per riferirsi a fatti estranei alla lite o già pienamente provati.

Il punto più debole della ricostruzione esposta dal VIVANTE è sempre quello della *insindacabilità* del potere del giudice.

Se il VIVANTE ha voluto solo dire di una insindacabilità in linea di diritto, cioè in sede di ricorso per cassazione, si può, sotto una condizione, aderirvi; alludo alla condizione che vi sia nella sentenza un vero e proprio giudizio di fatto una motivazione, in cui il controllo della Corte di cassazione non può penetrare. Ma se egli avesse voluto dire di una insindacabilità di fatto che dispensi anche dall'obbligo di motivare, credo che

purchè risulti di aver fatto uso di tale potere, il suo pronunziato va immune da qualsiasi censura; — o versa in caso in cui la legge civile consente la prova per testimoni, e in allora, al pari del giudice civile, esaminerà se i capitoli dell'offerta prova siano pertinenti o conchiudenti nella causa. Non potrà un siffatto giudizio di mero fatto venir censurato in cassazione, potendo simile censura venirgli mossa solo quando, respingendo la prova, abbia omessa la indagine sulla sua conchiudenza, o non abbia convenientemnete motivato sulla medesima.

Ora, la censura mossa col ricorso alla sen-

---

la tesi non resista di fronte alla confutazione matematica fornita dal sistema dell'appellabilità delle sentenze.

Amo credere che il VIVANTE abbia voluto parlare della prima specie di insindacabilità, e che coloro i quali, come adesso la Corte fiorentina, affermano la seconda, vadano assai oltre il pensiero dell'autorevole scrittore.

Posto che il giudice abbia il dovere di motivare sull'ammissione o sul rifiuto della prova testimoniale in materia commerciale, il linguaggio dell'art. 44, secondo me, si interpreta in modo piano nel senso che allorquando la prova è proposta in uno dei casi preveduti nell'art. 1341 Codice civile occorre che il magistrato vi provveda con sentenza, anche se le parti fossero d'accordo. Questo avviene sempre nel sistema processuale francese; pertanto l'art. 109 dianzi citato è in coordinamento normale col regime istruttorio. Invece, nel nostro sistema d'istruzione, le prove possono essere ammesse per consenso delle parti mediante semplice ordinanza, vale a dire senza che il magistrato esamini il contenuto della prova articolata e ne riconosca l'utilità, la concludenza e neppure la legalità.

Onde le controversie su questi punti possono nascere dopo esauriti gli atti di istruzione. L'art 44 sottopone al *consenso dell'autorità giudiziaria* la ammissione della prova testimoniale commerciale nei casi preveduti nell'art. 1341 Cod. civ. Ora il *consenso dell'autorità giudiziaria* non può essere contenuto in una ordinanza; per esprimerlo con pienezza di competenza e di cognizione è indispensabile una sentenza. La ricostruzione esegetica va fatta appunto in questo senso, attribuendo al legislatore il proposito di moderare, con l'obbligo del sindacato preventivo del magistrato, la libertà illimitata della prova testimoniale nelle liti commerciali.

I lavori preparatori dimostrano che il legislatore nel 1882 ebbe la convinzione di fare un passo molto ardito; tale opinione non corrispondeva al vero; ma, data quella sua illusione, è conciliabile con essa il temperamento che risulta (forse non esattamente voluto e preveduto) dal mettere il testo dell'art. 44 in armonia con le norme del Codice di procedura sulla istruzione dei giudizi. Ciò è avvalorato dal riflettere che il Codice del 1882 rese obbligatorio il rito sommario per tutte le cause commerciali; e nel rito sommario del Codice di procedura il consenso delle parti all'ammissione di una prova non dispensava il giudice dal provvedere su di essa con sentenza.

Se questa interpretazione pare a me la più semplice e sicura, non per questo posso approvare il concetto che essa attribuisce ai redattori del Codice. Non v'è nessuna ragione plausibile per negare alle parti il diritto di disposizione consensuale per introdurre nel processo una prova che la legge non vieta. Solo nel caso di loro controversia il giudice deve intervenire e sentenziare secondo il proprio criterio, con la guida dei principi che governano il sistema istruttorio.

Per altro, la critica che io vorrei muovere alla legge sotto questo punto di vista non ha più ragione di essere.

La legge 31 marzo 1901 ha indubitabilmente regolata con nuove norme il procedimento sommario tanto per la materia civile come per la commerciale. L'art. 12 permette alle parti, senza distinzione di materia, di stabilire d'accordo l'introduzione di qualsiasi prova orale nel processo, e in tal caso deferisce al presidente l'ufficio di provvedere con ordinanza per l'esecuzione.

Onde si può dire che la prova testimoniale nelle materie commerciali sia ormai perfettamente rientrata nel diritto comune; in altre parole, essa è sempre ammissibile, senza le restrizioni dell'articolo 1341 Cod. civ., ed è ammessa quando le parti siano di accordo, o quando, nel loro disaccordo, il magistrato trovi concludente e utile l'ammissione, e quindi vi acconsente in luogo della parte che si oppone.

Ma in questo caso di controversia, sia che il magistrato consenta la prova, sia che la neghi, egli ha sempre l'obligo di motivare la sentenza; e se non la motivi, nei sensi che ho spiegati la sua sentenza è nulla per la violazione dell'art. 360 Cod. proc. civ., sanzionata nel successivo articolo 361.

Mille volte il giorno si abusa di questi due articoli per denunziare alla Corte di cassazione difetti di motivazione immaginari, che talora ottengono fortuna non meritata. E' giusto riconoscere che se vi è circostanza che dia perfetta legittimità alla loro invocazione è proprio questa; ed è spiacevole che proprio in questa la Corte di cassazione si ricusi a mantenerne ferma la osservanza.

L. MORTARA

tenza denunziata non ha alcun fondamento di ragione, poichè la Corte di merito, la quale, trattandosi di una prova testimoniale rientrante per ragione di valore in uno dei casi preveduti dall'art. 1341 Cod. civile, avrebbe potuto respingerla senz'altro, in virtù del potere discrezionale affidatole dall'art. 44 Cod. comm., tuttavia volle respingerla per motivi d'irrilevanza e d'inconcludenza, adeguatamente ragionando al riguardo.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 maggio 1906 n. 425.

Basile *Pres.* — Setti *Est.*

Magni (avv. *I. Borrè*) contro Fornaciari (avvocato *E. Nadalini*).

E' valida la sentenza che nella intestazione indica l'autorità giudiziaria da cui fu pronunciata, e nella parte terminale indica soltanto il luogo e la data di pronuncia (1).

La Corte ecc. — Sul primo mezzo osserva che non regge l'addebito, che si fa alla sentenza, di violazione degli articoli 360 n. 8 e 361 cod. proc. civile. Dice la legge che la sentenza è nulla, se siasi omessa l'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunciata. Quella che si denuncia nella sua parte proemiale contiene appunto queste parole: « La Corte... ha pronunciato la seguente sentenza... », e nella parte terminale soggiunge: « Bologna in Camera di Consiglio 20 febbraio 1905 ».

Data siffatta formula, non è possibile dire che sia stato violato il n. 8 dell'art. 360.

Unendo la parte prima alla parte ultima della sentenza stessa si ha una dichiarazione formale e complessa, che indica appunto e il fatto della pronuncia e la data e il luogo di essa. Se la Corte avesse nella chiusura della sentenza scritta la frase solita: « Così pronunciato in Camera di Consiglio », avrebbe forse seguito l'uso comunemente invalso di chiudere la sentenza, ma non avrebbe fatto che ripetere ciò che aveva detto sull'inizio della sentenza stessa: « La Corte ha pronunciato ecc. ». E poichè la legge non impone alcuna sacramentalità di formule stereotipate, così, quando la pronuncia di un giudicato è espressa coi dati di luogo e di tempo di cui al n. 8 dell'art. 360 proc. civile, il voto della legge è esaudito.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

6 agosto 1906 n. 625

Caselli *Pres.* — Cannas *Est.*

Parmeggiani (avv. *R. Hanau* e *C. Buini*) contro Ditta Campari (avv. *L. Milani*).

Trattandosi di società commerciale, è nulla la notifica della citazione o dell'atto d'appello o della sentenza, se non s'indichi la persona fisica da cui la società è rappresentata; e pecca di contraddizione quel pronunciato dell'autorità giudiziaria nel quale si distingua tra il caso in cui la società è convenuta e il caso in cui essa è attrice, ritenendo che la omessa indicazione della persona fisica sia causa di nullità soltanto nel primo caso (1).

---

(1) Conf. Cass. Palermo 15 aprile 1902, *Foro ital.*, 1902, 1, 774; Cass. Torino 11 giugno 1901, *id.* 1901, 1, 1229; Cass. Roma 30 dicembre 1895, *id.* 1896, 1, 137.

Contra: Cass. Roma 16 maggio 1895, *id.* 1895, 1, 700, la quale ritenne che la mancata indicazione del luogo di pronuncia di una sentenza non può venire supplita dalla intestazione della sentenza stessa.

(1) La sentenza, cassata, dell'A. Bologna 20 ottobre 1905 può leggersi in *Temi ven.* 1905, pag. 891.

Anche il MORTARA (*Manuale della proc. civ.*, seconda edizione, nn. 214 e 216 nota) sostiene che la indicazione del rappresentante nelle citazioni delle società commerciali è necessaria tanto nell'ipotesi della società attrice, quanto in quella della società convenuta. Egualmente A. ROCCO, *La società commerciale in rapporto al giud. civile*, Torino, 1898, nn. 133 e seg.

Vedi, però, *contra*: Cass. Torino 15 maggio 1903, in *Foro ital.* 1904, 1, 161, con una interessantissima nota critica dello stesso prof. ROCCO.

La Cass. Firenze 26 marzo 1906 decise che, se nel corpo della citazione si enuncia il solo nome della società o ditta, ma poi nella notificazione s'indica il nome della persona fisica che la rappresenta ed a cui l'atto viene consegnato, il voto e lo scopo della legge deve ritenersi adempiuto (*Mon. Pret.* 1906, 194, e *Consul. comm.* 1906, 107).

Avvertasi pure che nel caso in cui una società abbia più amministratori, la notifica degli atti giudiziari può farsi validamente in persona di un solo degli amministratori stessi (Cass. Torino 30 marzo e 27 maggio 1906, *Mon. trib*, 423, e *Temi gen.*, 489.

La Corte ecc. — E' fondato e merita la precedenza il quarto mezzo di annullamento che attacca nella base la tesi della irricevibilità, ripetendo quanto fu già rilevato in sede di merito, cioè, che l'atto di appello designava la ditta nelle persone fisiche dei fratelli Campari, successori di G. Campari, e nei termini identici coi quali era designata non solo nella citazione introduttiva, ma anche nella notificazione della sentenza appellata, eseguita sulle istanze della ditta stessa.

Che, nella stessa causa, di due atti tra loro connessi (notificazione della sentenza e appello), affetti dalle stesse mende, si dichiari uno nullo e l'altro valido, è contraddizione che spicca maggiormente quando, come nel caso, conduca a dichiarazione di decadenza.

Alla notificazione delle sentenze e all'appello si adattano le forme disciplinanti le citazioni (art. 368 e 486 proc. civile). E nelle citazioni così il convenuto come l'attore devono sempre venire identificati in un individuo che, se si tratti di enti, non può essere se non la persona fisica che li rappresenta. Il concetto è scolpito negli art. 133 n. 3 e 134 n. 1 prescriventi la indicazione del nome e cognome dell'attore e del convenuto.

Ciò non disconosce la sentenza denunciata, la quale anzi rileva che la omessa indicazione della persona fisica rappresentante dell'ente citato è difetto sostanziale della citazione, e non difetto soltanto della notificazione che permette l'applicazione dell'ultimo capoverso dell'art. 145.

Ma, a sfuggire le conseguenze e la contraddizione, si appiglia a una distinzione, errata in diritto, tra il caso in cui l'ente è convenuto e quello in cui è attore; ritiene l'omessa indicazione della persona fisica causa d'inevitabile nullità nel primo caso, in virtù degli articoli 137 e 145 n. 3; ritiene nel secondo eliminata la nullità, quando non vi sia la incertezza assoluta prevista dall'art. 145 n. 2.

La distinzione, però, non è nell'art. 13, che, come si disse, vuole indicati il nome e cognome (persona fisica) tanto del convenuto, quanto dell'attore, non risponde ai fini che lo informano, tra l'altro, di dar modo al convenuto di conoscere *prima facie*, avanti di predisporre le difese e gli eventuali controatti, se la richiesta proviene da contradditore legittimo, e male interpreta gli art. 137 e 145 n. 3 che esplicano, senza intento di deroga, il concetto dell'art. 134, dando norme all'attore per rendergli agevole e certa la ricerca della persona fisica nella quale va a concretarsi la rappresentanza dell'ente avversario.

L'errore di diritto consentì di esaminare solo in rapporto alla notificazione della sentenza, e non in rapporto all'atto di appello, se la indicazione « Fratelli Campari », persone fisiche, bastasse ad eliminare ogni incertezza sur uno dei soggetti del giudizio, e portò a ritenere valida la notificazione della sentenza e nullo l'atto di appello, mentre è identica la ragione di decidere; e portò ulteriormente ad una dichiarazione di irricevibilità, impossibile anche nella ipotesi della irritualità (articolo 190), se alle due questioni circa la regolarità della notificazione della sentenza e dell'atto di appello si dia, come è doveroso, soluzione identica.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

6 agosto 1906 n. 637

Basile *Pres.* — Niutta *Est.*

Nissim (avv. *G. Padovani*) contro Ravenna (avv. *S. Lupacchioli* e *L. Borghi*).

Se la donna maritata chiede l'autorizzazione giudiziaria alla postergazione dell'ipoteca dotale dichiarando che si estenderà ad altri fondi la ipoteca accesa a garanzia della dote, la simultaneità delle due operazioni forma una vera e propria condizione risultante dalla natura e dalla ragione delle operazioni medesime, senza bisogno che nel ricorso o nel decreto del tribunale sia scritto in termini formali di dover esse procedere di conserva (1).

Di conseguenza è nulla la postergazione sud-

---

(1) I lettori ammireranno con noi questa lucidissima decisione che sprezza la indagine superficiale delle cose e penetra nell'intimo di una situazione giuridica.

E veramente superficiale era stata l'indagine della Corte di Appello di Bologna nella stessa causa, come emerge *prima facie* dal confronto della relativa sentenza con la presente che qui è pubblicata.

Cotesta sentenza dell'A. Bologna, in data 4 dicembre 1905, trovasi inserita nella *Temi ven.*, anno 1906, pag. 734, nota.

detta, se la estensione dell'ipoteca dotale ad altri fondi avvenne posteriormente, dopo l'accensione di altre ipoteche a favore di terzi (2).

La Corte ecc. — Considerato che Sofia Nissim nel suo contratto di matrimonio con Abramo Neppi Modena, si costituì in dote lire centomila in contanti che vennero garantite dallo sposo e dai cognati con ipoteca sul fondo di loro comune proprietà detto Pilastri in provincia di Ferrara. Che tale ipoteca venne quindi trasferita sul fondo Morando in San Giovanni Persiceto e su quattro minori fondi situati in Cento. Che altra ipoteca fu in appresso costituita sullo stesso fondo Morando in favore della Ditta Salomone Ravenna per garentia di lire 80,000, mutuate ai germani Neppi Modena, ed a cotesta ipoteca Sofia Nisim, autorizzata dal tribunale, consentì di postergare la propria iscrizione dotale. Che col decreto del tribunale fu però prescritto, che a maggior garanzia della dote avesse ad iscriversi un'altra ipoteca per lire 30,000 su taluni altri fondi del marito nel Comune di Bondeno. Che tale ulteriore iscrizione venne pubblicata quattro anni dopo l'istromento con cui fu consentita la postergazione, quando già altra ipoteca per lire 29,000 era stata iscritta in favore dei signori Rosignani. Che nel 1902 la Cassa di Risparmio di Bologna, creditrice dei germani Neppi Modena, intimò loro precetto per il pagamento di oltre lire 200,000 con minaccia di espropriazione del suindicato fondo Morando sul quale la Cassa aveva iscrizione ipotecaria anteriore a tutte le altre.

Che, ad evitare il procedimento esecutivo, i fratelli Neppi, ottenuto il consenso dei creditori, curarono di vendere il fondo Morando a trattative private, e la vendita ne fu fatta ad Oreste Calari per il prezzo di lire 270,000 col quale fu estinto il credito della Cassa di Risparmio di Bologna, rimanendo non più che lire 10,769.87 che vennero depositate. Che con citazione del 23 novembre 1904 la signora Sofia Nissim, essendo già morto il marito Abramo Neppi Modena, istituì giudizio presso il tribunale di Bologna contro la ditta Salomone Ravenna per far dichiarare la nullità della consentita postergazione della sua ipoteca dotale, come quella che avvenne per opera di artifici ed inganni onde la convenuta Ditta aveva provocato il decreto di autorizzazione, esagerando la stima del fondo Morando, ed anche perchè la condizione, stabilita dal tribunale, di doversi pubblicare una nuova iscrizione a garantia della dote della Nissim su altri fondi del marito non fu osservata, essendosi ritardata di ben quattro anni la pubblicazione di tale iscrizione. Che chiedeva pure la Nissim il risarcimento dei danni, e tale domanda essa propose anche contro gli avvocati Felice e Leone Ravenna, i quali avrebbero in vario modo cooperato, per favorire gli interessi della ditta, a farle perdere la garantia della sua dote.

Che l'adito tribunale respinse la domanda, e la Corte di appello di Bologna con sentenza del 21 novembre 1905 rigettò il gravame interposto dalla Nissim.

Che costei ammessa al gratuito patrocinio ha fatto ricorso contro tale sentenza chiedendone l'annullamento per quattro motivi.

Che col primo motivo si censura la sentenza per difetto di motivazione e per contraddizione dei suoi ragionamenti perchè, avendo la Nissim eccepito la nullità della postergazione della sua ipoteca dotale a cagione dell'inadempimento della condizione a cui il tribunale l'aveva subordinata che, cioè, fosse contemporaneamente pubblicata a maggior garentia della dote una nuova iscrizione su altri fondi del marito, la Corte ha negato che l'autorizzazione impartita dal tribunale contenesse una simile condizione, mentre ha ammesso che col ricorso fosse stata chiesta la detta ulteriore garantia per meglio assicurare la dote, e che il tribunale nel suo decreto autorizzasse la proposta operazione colle modalità e condizioni indicate nel ricorso.

Che in modo particolare egli è da osservare di aver la Corte rilevato di essere chiesta dalla Nissim col ricorso al tribunale l'autorizzazione di postergare la sua ipoteca a quella della ditta Ravenna senza porsi come condizione che dovesse la postergazione avvenire contemporaneamente alla nuova iscrizione, la quale giusta il medesimo ricorso avrebbe dovuto pubblicarsi a maggior garentia della dote e poichè il tribunale profferì decreto con cui autorizzava la posposizione dell'ipoteca dotale colle MODALITA' ESPOSTE NEL RICORSO, così nel parere della Corte dovevasi ritenere che la detta condizione non fosse stata imposta per la validità della postergazione, quando nulla fu detto circa il tempo in cui sarebbesi dovuta iscrivere la ipoteca supplementare.

Che ora egli è agevole vedere come in questo ragionamento della sentenza si contenga un manifesto vizio di contraddizione, imperocchè, se per ottenere l'autorizzazione del magistrato fu dichiarato dalla parte ricorrente che una ulteriore ipoteca sarebbe stata iscritta a garantia della dote, oltre quella che doveva rimanere postergata, e se il tribunale acconsentì alla operazione nel modo con cui venne prospettata nel ricorso, non poteva esser dubbia la ragione, per la quale con la stessa domanda, con cui chiedevasi di poter postergare l'ipoteca dotale, si faceva anche istanza perchè l'ipoteca venisse estesa ad altri fondi del marito.

Che la ragione era evidentemente quella di provvedere ad ogni più lontano pericolo che il fatto della postergazione avesse potuto presentare per la dotata coll'estendere la ipoteca stessa ad altri fondi in guisa da potersi ritrovare in una ulteriore iscrizione quella garentia di cui fu creduto necessario di circondare la dote tosto che doveva venir meno l'anteriorità di grado della primitiva iscrizione.

Che, ove si fosse ritenuto di poter bastare contro ogni evento il solo valore del fondo, sarebbe stato del tutto inutile il congegnare l'operazione in modo che la Nissim, pur cedendo il suo rango, venisse in pari tempo garantita da un'ipoteca più estesa.

Che quindi la contemporaneità della postergazione e della iscrizione supplementare non aveva bisogno di essere dichiarata o imposta con una formola espressa, quando essa era una condizione necessaria di tutto il negozio, non potendosi altrimenti intendere perchè la parte interessata avesse voluto quella ulteriore garantia ed il tribunale avesse accolto la domanda nel modo come veniva proposta, se l'iscrizione sussidiaria che doveva servire come compenso del qualsiasi pregiudizio che fosse per derivare dalla postergazione, o come una eventuale maggior cautela, non dovesse essere pubblicata o si potesse pubblicare con tal ritardo da non presentare più alcun vantaggio.

Che, avendo pertanto la Corte ammesso e riconosciuto che la nuova ipoteca aveva per iscopo di apprestare alla dotata una maggior garantia nell'atto stesso che veniva autorizzata la cessione del grado dell'ipoteca già costituita, non poteva disconoscere che la simultaneità delle due operazioni fosse una condizione risultante dalla natura e dalla ragione delle operazioni medesime, senza bisogno che nel ricorso o nel decreto del tribunale si dichiarasse in termini formali di dover esse procedere di conserva.

Che la Corte ha invece considerato le due operazioni come separate e indipendenti l'una dall'altra e come se ciascuna avesse una propria causa e ragione, senza legame con quella dell'altra, mentre era innegabile, per quello che ha ritenuto la stessa sentenza, che entrambe formavano parte di uno stesso negozio che in tanto veniva approvato dall'autorità giudiziaria, in quanto nel suo complesso potè sembrare che non ne risultasse pregiudizio per la dote della Nissim.

Che il vizio di logica che travaglia questa parte della sentenza è reso anche più manifesto dalle considerazioni che poco appresso aggiunge la Corte, là dove non esita a riconoscere che nel pensiero dei ricorrenti per ottenere l'autorizzazione e in quello del tribunale per accordarla vi fu certo il concetto che la ipoteca supplementare dovesse andare iscritta contemporaneamente alla posposizione; onde giustamente vien qui ritenuto col secondo mezzo del ricorso che, se la Corte attribuiva alla parte ed al tribunale il detto intendimento, non poteva d'altronde averlo ricavato se non dal tenore della istanza e del decreto, ed allora ancor meno si comprende come la Corte stessa potesse affermare che la contemporaneità della postergazione e della nuova iscrizione non fosse stata voluta o imposta come condizione della cessione di grado da farsi dalla Nissim.

Che nella sentenza è detto di essere stato un errore o un'omissione il non essersi prescritta nel decreto la simultaneità della iscrizione come condizione alla validità della postergazione; ma, così ragionando, la Corte ha mostrato di ritenere che facesse mestieri di formole e parole sacramentali per indicare l'obbligo di una condizione che era insita nella ragione stessa per cui doveva essere estesa ad altri fondi l'ipoteca dotale e che per giunta era anche nell'intendimento delle parti e del tribunale che fosse eseguita contemporaneamente secondo l'interpretazione che la Corte stessa è venuta facendo e dell'istanza e del decreto.

Che ammesso poi di essere stata autorizzata la postergazione anche in vista della ulteriore garanzia che la dote veniva a ricevere da una nuova iscrizione, l'esatto adempi-

mento di simile condizione non poteva essere considerato come cosa indifferente per il creditore a cui vantaggio la postergazione doveva avvenire, imperocchè se la Ditta Ravenna, per ottenere la cessione del grado ipotecario della Nissim, ebbe senza dubbio bisogno del consenso di lei, e se questo consenso la Nissim non potè dare se non in seguito ad autorizzazione del tribunale e colle condizioni stabilite nel relativo decreto, torna evidente come soltanto con l'osservanza di simili condizioni potesse divenire efficace il consenso da parte della dotata alla cessione del suo grado ipotecario in modo da rendere valido il relativo contratto.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

20 agosto 1906 n. 659

Pugliese *Pres.* — Setti *Est.*

Pavisi (avv. *G. Ascoli*) contro Clerici (avvocato *L. Dari*).

Quando si tratta di merci il cui prezzo non è desumibile dai listini di borsa o dalle mercuriali, il giudice può desumerne il prezzo da qualunque fonte di prova e così anche dalle presunzioni (1).

Le fatture commerciali hanno reale valore probatorio, circa i prezzi segnati nelle medesime, soltanto quando siano accettate (2).

La Corte ecc. — Si pretende innanzi tutto che sia stato violato l'art. 38, in relazione agli articoli 44 e 60 del codice di commercio. Ma questa pretesa è errata. Non si trattava, nel caso, di titoli o di generi fungibili che potessero avere un prezzo desumibile dalle liste di borsa o da mercuriali.

Per determinare, quindi, il giusto prezzo della merce in esame (cappelli per signora) il tribunale ben poteva desumerlo « da ogni altra fonte di prova » e così anche dalle presunzioni, come fece, seguendo alcuni dati a lui forniti dalla fattura.

Nè è vero che abbia disconosciuto il valore probatorio delle fatture, imperocchè queste hanno vera importanza probatoria, quando sono accettate (art. 44), mentre nel caso in esame la fattura della modista fu sino *ab origine* impugnata e quindi non stava a rappresentare che una domanda della parte venditrice di fronte alla parte compratrice. Invero si valse solo del conto presentato dalla Pavisi per dedurre alcune logiche conseguenze atte a determinare la giustizia del prezzo, che era nel suo quantitativo in questione fra le parti.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

27 agosto 1906 n. 660

Pugliese *Pres.* — Spirito *Est.*

Finanze (avv. erariale) contro Barbatelli (avvocato *E. Salvia* e *G. De Cesare*).

L'erede è tenuto ad indicare nella denuncia di successione soltanto i crediti effettivi e concreti, non quelli la cui esistenza reale dipenda da un giudizio (1).

Per questi ultimi crediti, detti litigiosi, l'obbligo della denuncia nasce quand'essi divengono esigibili, e la prescrizione dell'azione dell'Erario per chiedere il pagamento della tassa comincia pure a decorrere dal giorno della constatata esigibilità (2).

---

(1) In merito ai listini di borsa si vegga lo scritto di C. VIVANTE, *Listini di borsa. Quale fede meritino in giudizio. Se sia lecito dare la prova contraria al loro contenuto*, in *Mon. trib.* 1889, 241.

(2) Cfr. A. Venezia 11 febbraio 1905, in *Temi ven.* 1905, pag. 410. Vegganai anche gli scritti del professor BOLAFFIO, *La fattura quale mezzo di prova*, pure in *Temi ven.* 1891, 601, del prof. SRAFFA, *La accettazione delle fatture e il silenzio*, in *Riv. di dir. comm.* 1903, 1, 27, del PAGANI, *Le fatture accettate*, in *Consul. comm.* 1904, fasc. 3., ecc. Cons. anche, conformemente a questa che pubblichiamo, la decisione 15 aprile 1904 della stessa Cass. Roma, est. LA TERZA, in *Riv. di dir. comm.*, 1904, 2, 326 con nota.

(1-2) La tesi sostenuta in questa sentenza deve piacere molto ai contribuenti per lo spirito liberale che la distingue. Al fisco, invece, parrà un volo pindarico.

Il fisco sembra ammettere l'esenzione dalla denuncia per quei crediti per i quali non siavi già questione sulla loro sussistenza o validità, ma soltanto sulla loro pertinenza all'autore della successione, che non ne era in possesso. Cfr. in questo senso S. UBERTAZZI, *La legge di registro*. Napoli, Pierro e Veraldi, 1902, n. 327, pag. 188.

La Corte ecc. — Considera che tutto il nucleo della questione, agitata fra le parti, consiste nel vedere, se fosse o meno decorso il tempo per la prescrizione della tassa, e quindi se gli eredi Barbatelli, che la invocano, avessero avuto l'obbligo di indicare il diritto che essi vantano contro l'Antoniello, ed eventualmente contro il Demanio, nella denunzia della paterna eredità da essi presentata al Ricevitore del registro, o, quanto meno, a seguito della decisione 9 dicembre 1880 della Corte dei Conti che ne determinava l'ammontare, dichiarando tenuto il menzionato Antoniello verso il proprio autore.

Che ciò importa l'esame dell'art. 71 della legge di registro in relazione al disposto dell'art. 53 che sono fra loro correlativi e si lumeggiano a vicenda.

Che a cotesto intento giovi anzi tutto rilevare come la legge di registro, quantunque sia un riflesso dei rapporti giuridici regolati dal diritto civile, ha peraltro un contenuto ed un obbiettivo suo proprio, onde non tutte le norme che presiedono a quei rapporti d'indole strettamente individuale possono avere sempre quell'identica applicazione trasportate nel campo della legge di registro e della imposizione della relativa tassa. Questa che ha per iscopo di colpire la ricchezza in sè stessa o nelle sue manifestazioni, per procurare allo Stato la necessaria risorsa, obbligando i cittadini a contribuirvi in ragione dei propri mezzi, non può appagarsi di astratte idealità, o di diritti che, pur essendo nel patrimonio del *de cujus*, non rappresentano però una ricchezza effettiva e concreta, per poter giustamente formare oggetto di tassazione.

Laonde riuscirebbe iniqua ed impolitica quella tassa che si rivolgesse a colpire non un cespite che attualmente si trovi nell'eredità, ma che vi potrebbe eventualmente entrare, mediante l'esperimento di un'azione giudiziaria, la quale, dando forma e quiddità sostanziale al contenuto puramente giuridico di un diritto preteso, lo traduca in una reale attività economica, in un effettivo cespite di ricchezza, suscettibile quindi d'imposizione e di tassa.

E però, se vero è, nè può cadervi dubbio, che nel campo astratto del diritto ed a certi determinati effetti ***qui habet actionem ad rem recuperandam videtur ipsam rem habere***, devesi d'altro canto ammettere che l'una cosa non sia l'altra, perchè il *videtur esse* non equivale all'essere, e confondere, in materia di tassa, i due diversi termini significherebbe dar luogo ad ingiustizia, assoggettando al pagamento dell'imposta chi non vi è tenuto, nè può esservi, finchè l'astratto diritto non si concreti in un cespite effettivo di ricchezza.

Così è che il giureconsulto Pomponio, integrando il concetto adombrato nel ***videtur*** della regola di Paolo, potè dire che ***minus est actionem habere, quam rem***.

Che, se ciò è indubbio, riesce agevole rendersi conto della locuzione dell'art. 71 della legge di registro, e del perchè il secondo alinea, facendo obbligo all'erede della denuncia dei crediti e delle rendite, non gli imponga di rivelare insieme i diritti o le azioni correlative che possono per avventura trovarsi nel patrimonio ereditario.

Difatti esso prescrive: « Per le rendite e per i crediti ereditarii, di qualsivoglia natura, verranno indicati ***i loro titoli costitutivi, con la*** *data e luogo del registro, i nomi dei debitori e le somme dovute, ecc.* ».

Non ogni diritto, dunque, non una qualunque ragione di credito, l'erede è tenuto ad indicare nella denunzia, bensì i crediti effettivi e reali, tutelati dall'esistenza di uno specifico titolo che li determini e li accerti in tutta la loro consistenza giuridica e deconomica.

Certo, anche cotesti crediti così definiti ed individualizzati, possono formare argomento di litigio, se ne potrà impugnare l'esistenza e riuscirne dubbiosa l'esigibilità. Però, anche traverso siffatte accidentalità manifesto permane sempre il divario tra un astratto diritto di credito puramente affidato alle vicende aleatorie di un'azione giudiziaria, ed un credito che, nel suo modo di essere concreto, rappresenta, allo stato, un'attività effettiva del patrimonio ereditario.

Poichè questo, se può patire alterazione per l'esito di una contestazione giudiziaria pendente, o riuscire, per condizione del debitore, inesigibile, rappresenta sempre alcun che di positivo dell'eredità prima che l'una o l'altra di quelle evenienze si verifichi; mentre l'altro, invece, che si risolve e consustanzia tutto in una semplice azione giudiziaria, raffigura, nel suo modo di essere, piuttosto una giuridica speranza che un perfetto diritto di credito.

Che, poi, questo e non altro sia il concetto racchiuso nel controverso alinea si ricava, con maggiore evidenza, dal riscontro di esso

con la prima parte dell'indicato art. 71, che riflette la denuncia dei cespiti mobiliari ed immobiliari.

« La denuncia, ivi è detto, dovrà contenere una particolareggiata descrizione degli immobili ed altri oggetti caduti nella successione, con le indicazioni sufficienti a farne conoscere la natura, la situazione e l'importanza, e ne sarà indicato il valore ».

Niun accenno quindi a diritti relativi a cose mobili ed immobili, o ad azioni esperibili contro terzi, e quindi veiun obbligo nell'erede di farne la denunzia, la quale pertanto deve rimanere circoscritta alla particolareggiata dichiarazione degli immobili ed altri oggetti caduti nella successione, e che vi si trovano in forma concreta. Giacchè non basta fare nella denunzia una esatta dichiarazione degli immobili ed altri oggetti, ma bisogna aggiungervi tutte le ulteriori indicazioni sufficienti a bene individualizzarli con la designazione del relativo valore, ciò che non sarebbe economicamente possibile ai fini della tassa, quando vi si dovessero comprendere anche dei semplici diritti astratti, il cui valore, se può indicarsi in linea d'ipotesi, non potrebbe mai rappresentare una concreta attività patrimoniale per l'alea che tutti li avvolge e li compenetra.

Nè giova argomentare in contrario dell'articolo 53 della legge, perchè altro è il contenuto e l'obbiettivo di tale disposizione, mirando solo a regolare il pagamento della relativa tassa col disporne la sospensione, quando i crediti ereditarii fossero contestati all'apertura della successione o ne apparisse giustificata la dubbia esigibilità.

Nulla però esso dice del modo di essere di tali crediti, perchè se ne possa indurre l'obbligo della denuncia negli eredi all'epoca dell'apertura della successione, che è materia regolata dall'art. 71 in relazione al quale il detto articolo 53 deve essere inteso.

Che se, dunque, il diritto del defunto signor Barbatelli consisteva in un'astratta ragione di credito, che solo mediante un'azione poteva essere concretato, se gli mancava il titolo, se rimaneva nella regione dell'indeterminato, e per la sua liquidazione occorreva un regolare giudizio dei conti della gestione tenuta, che solo nel dicembre 1880 potè essere definito, appare manifesto che, mancando l'obbligo della denuncia di esso per parte degli eredi, l'eccepita prescrizione non potesse avere il suo incominciamento nel 1876, epoca della morte del signor Barbatelli.

Nè ciò solamente, ma i discorsi riflessi valgono altresì a dimostrare come neppure dopo la detta decisione della Corte dei conti, onde il credito ereditario veniva liquidato e determinato, gli eredi avessero l'obbligo della denuncia.

Anzitutto, la legge, che negli art. 71-79 ed 81 regola la forma ed il termine della denuncia, non contempla il caso della specie, nè agli effetti della prescrizione è possibile indurre un *dies a quo* senza una specifica disposizione di legge che vi autorizzi. Tanto più poi quando si riguardi l'economia della legge e si ricerchi la ragione di tale silenzio. Di vero, la denuncia non implica ed in tutte le ipotesi l'incominciamento del termine prescrittivo. Se così fosse, il disposto dell'art. 53 mancherebbe del suo giuridico fondamento.

Or nei casi, in cui sia obbligatoria la denuncia, le evenienze previste nell'indicato articolo varrebbero ad impedire la prescrizione della tassa, anche se dovessero trascorrere i termini della più lunga prescrizione di diritto comune; il che vuol dire che il difetto di denunzia, quando non sia dalla legge ordinata, non possa porgere l'inizio della prescrizione medesima, quando permangono le cause iniziali della sospensione della tassa, che avrebbero impedito il decorso della prescrizione se il credito fosse originariamente compreso fra quelli pei quali era obbligatoria la presentazione della denuncia. Lo che, mentre giova a spiegare perchè siffatta denunzia non possa ritenersi obbligatoria, rende ad un tempo ragione del silenzio della legge e del perchè essa non si fosse preoccupata d'imporre la denuncia di una ragione di credito che avesse acquistato mediante giudicato la consistenza e la determinatezza di un credito effettivo o reale, se tuttavia rimaneva inesigibile.

Senonchè cotesta apparente omissione non è poi così piena da non rilevare sufficientemente, benchè in modo indiretto, il pensiero che l'informa.

Prescrive infatti il ripetuto art. 53 che « per i crediti sulla sussistenza dei quali fosse contestata lite all'apertura della successione, e per quelli dei quali sia giustificata la dubbia esigibilità, resterà sospesa l'esazione della tassa, la quale dovrà pagarsi appena i crediti divengono esigibili. » Ed aggiunge: « al

termine di anni cinque dall'aperta successione, dovrà giustificarsi che l'esigibilità continui ad essere dubbia; e quando ciò si verifichi, resterà sospesa indefinitamente l'esazione della tassa, ma, sopravvenuta l'esigibilità, anche in parte, la tassa dovrà pagarsi sulla somma che si riscuote ».

Or se, in virtù di tale disposizione, anche su crediti dei quali fosse obbligatoria la denuncia rimane sospesa l'esazione della tassa indefinitamente, e dovrà pagarsi solo appena i crediti divengono esigibili, appare del tutto ovvio, perchè la legge serbasse il silenzio, e perchè non imponesse l'obbligo della denuncia del credito, che, quantunque divenuto liquido e certo, rimaneva tuttavia inesigibile, quando per questa ragione appunto sospendeva indefinitamente la percezione della tassa, prescrivendone l'esazione, appena il credito fosse divenuto esigibile.

A che infatti una denuncia, se non si poteva riscuotere la tassa? A che una denuncia, se perdurava ancora la incertezza sulla esigibilità ed in quale misura? A che una denuncia, se a tutela dei diritti dell'erario, col sospendere la percezione della tassa, aveva provveduto per impedire il decorso della prescrizione? A che una denuncia generica, se una specifica denunzia è per implicito imposta dall'art. 53 appena il credito sia divenuto esigibile? E se poi il diritto all'esazione della tassa e l'obbligo del pagamento, indefinitamente sospeso, durante il periodo dell'esigibilità, riprendono vita, appena il credito sia divenuto esigibile, potrà mai essere lecito parlare di periodo prescrittivo anteriore, o riappiccarne l'inizio ad un fatto, quando per l'esigibilità del credito non poteva da esso decorrere il periodo utile per la prescrizione della tassa, per cui uno speciale obbligo di denuncia in uno speciale termine è dalla legge prescritto?

Chiaro è dunque il pensiero del legislatore. Pei crediti, della natura di quelli in controversia, nè obbligo di denuncia incombeva agli eredi Barbatelli quando ne fu accertata la consistenza con la decisione del 1880, nè possibile decorso ed inizio di prescrizione, mentre perdura ancora l'inesigibilità, e quella medesima decisione non fece che solo apprestare loro il titolo per agire giudiziariamente contro l'Antoniello.

Essi infatti dovettero iniziare un regolare giudizio di espropriazione sui beni della costui cauzione, per tentare la riscossione del credito ereditario; giudizio riuscito quasi pienamente a vuoto, sia per inefficacia della relativa ipoteca iscrittavi, sia per dimanda in separazione sperimentata da terzi sopra i beni medesimi.

E fu solo dopo l'esito di tale procedura, che essi potettero rivolgersi al Demanio ed intentare un nuovo e lungo giudizio, del quale ottennero definizione, traverso una lunga serie di eccezioni sollevate dalla Direzione delle imposte dirette, e parecchie decisioni della Corte dei Conti, appena nell'8 agosto 1901. E da tal giorno solamente poteva pertanto cominciare a decorrere il triennio stabilito al n. 3 dell'articolo 126 della legge di registro; onde, non essendo scorsi d'allora al giorno dell'ingiunzione 29 ottobre 1903, che due anni circa, la prescrizione non erasi verificata, e bene aveva il Ricevitore diritto a pretendere il pagamento della tassa.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

17 settembre 1906, n. 672

De Aloisio *Pres.* — Cerza *Est.*

Pasqualucci (avv. *C. D'Amico* e *E. Boffi*) contro Meloni (avv. *P. Manzi*).

Ai fini dell'azione di reintegrazione l'estremo della clandestinità sussiste quando lo spoglio sia avvenuto in assenza ed all'insaputa del possessore, purchè però resti accertata dal giudice l'intenzione del convenuto di nascondere il proprio fatto (1).

---

(1) In conformità può utilmente consultarsi la decisione 29 luglio 1875, *Annali* IX, 1, 444, a cui fa degno riscontro l'altra della Cass. Roma 21 marzo 1885, *Giur. ital.* 1885, 1, 1, 535.

Però la Cass. Torino nell'anno decorso decise che è sempre clandestino lo spoglio quando è avvenuto ad insaputa dello spogliato, senza che occorra la prova dell'intenzione dello spogliatore di nascondere il proprio fatto (dec. 6 luglio 1906, *Giur. tor.* 1906, 1143).

La Corte ecc. — Basta leggere la denunziata sentenza per vedere chiaramente la insussistenza del primo mezzo del ricorso. Infatti, dalla stessa rilevasi che la causa fu giudicata a base dei fatti deposti dai testimoni in ordine al preteso spoglio e non sulle asserite convenzioni relative a diritti immobiliari.

In ordine, poi, al secondo mezzo è opportuno notare che per un certo tempo nella giurisprudenza prevalse l'opinione che, per aversi l'azione di reintegranda, lo spoglio dovesse verificarsi occultamente, con callidità ed astuzia, e che non potesse invocarsi l'estremo della clandestinità per l'assenza del possessore, quante volte l'occupatore avesse operato di pieno giorno e non avesse usato alcun artifizio per nascondere il proprio fatto.

Ma una più recente giurisprudenza pare che abbia abbandonata la cennata opinione e ritenuto che sia elemento sufficiente, per aversi il carattere della clandestinità, che lo spoglio sia avvenuto in assenza ed alla insaputa del possessore, ritenendo, però, necessaria in tal caso l'intenzione del convenuto di nascondere il proprio fatto, non potendosi prescindere dall'indagine del concorso o meno della cennata volontà.

Ora, nel caso concreto, quantunque il Tribunale abbia seguita l'antica giurisprudenza nel qualificare lo spoglio occulto, ha però soggiunto che « ai fini dell'azione di reintegrazione la clandestinità deve essere accertata in relazione all'intenzione dell'agente, essendo lo spoglio *iniqua privatio possessionis*, cioè « un fatto immorale », e quindi ha incensurabilmente ritenuto, in base alle prove raccolte, che nella specie mancava la volontà del convenuto di spogliare l'attore del suo possesso, mirando unicamente il Meloni a sistemare una gradinata, di cui già aveva il godimento, riaccordandola col nuovo livello del terreno dopo la rinnovazione della fogna, eseguita per aderire al desiderio del Pasqualucci. Trattavasi, quindi, secondo il concetto del Tribunale, basato sui risultati della prova orale, della ricostruzione di una gradinata resa necessaria dai lavori praticati d'accordo nelle due proprietà dei contendenti, e che quindi, anche ammessa la lamentata occupazione, non vi fu intenzione di commettere uno spoglio. Ed è ovvio che un tal giudizio di puro fatto sfugge alla censura del Supremo Collegio.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

24 settembre 1906 n. 677.

Pagano *Pres.* — Natale *Est.*

Mastrofini (avv *F. Garbini*) contro Esattoria Consorziale di Frascati (avv. *F. Gregoraci*).

L'esattore delle imposte fa uso della carta libera per gli atti giudiziari relativi alla sua gestione e fino a che i residui crediti di lui non divengano privati (1).

La mancata notificazione delle cartelle, da parte dell'Esattore, importa soltanto la perdita delle multe dovutegli, non già la nullità della esecuzione compiuta in danno del contribuente (2).

La Corte ecc. — Le oscillazioni della giurisprudenza circa l'uso della carta libera nei procedimenti esattoriali non ebbero più ragione di sussistere dopo la pubblicazione del nuovo testo unico sulla riscossione delle imposte dirette 20 giugno 1902 n. 281, ove l'articolo 70 delle precedenti leggi 21 aprile 1871 e 23 giugno 1897 fu chiarito ed illustrato in modo da doversi comprendere anche l'uso della carta libera, con prenotazione a debito di tutte le tasse e di tutti i diritti, per gli atti giudiziari degli esattori in occasione e in conseguenza dei procedimenti esecutivi. Infatti, l'esattore, agisce come rappresentante dello Stato e può valersi dei privilegi che allo Stato medesimo competono, fino a che i suoi residui crediti non divengano privati pel decorrimento del termine stabilito nell'art. 71 dalla scadenza del contratto di esattoria.

Nella specie in esame, l'esecuzione dell'esattore Borra contro il Mastrofini fu iniziata e compiuta entro il quinquennio dall'assunzione della esattoria: la sentenza che si dice nulla per mancanza di bollo fu emessa sotto

---

(1) Ciò può dirsi ormai pacifico. Cfr. stessa Cassazione Roma 23 febbraio 1905, in questa Raccolta, 1905, pag. 201 con richiami nella nota.

(2) Aveva egualmente giudicato la sentenza, che ora è restata confermata, dell'A. Roma 29 luglio 1905, sentenza che può leggersi nella presente Raccolta, anno 1905, pag. 504. Cfr. anche A Genova 21 agosto 1900, *Temi gen.* 1900, 504.

l'impero della suaccennata legge 20 giugno 1902; e la conseguenza è che debba rigettarsi il primo motivo del ricorso, anche a senso di altri precedenti pronunziati di questa Corte Suprema (vedi, ad es., le sentenze 16 agosto 1904, Caselli c. Gerbaudi — 21 gennaio 1905, Criscione c. Cerruto — 19 giugno 1905, Falcone c. Pilo-Denti).

Sul secondo motivo del ricorso il Supremo Collegio rileva che la Corte di merito, esaminando gli atti originali in confronto delle copie, trovò di essersi esattamente adempite le prescrizioni di legge, tanto per la pubblicazione dei ruoli, quanto per la notificazione delle cartelle; e ciò basterebbe a respingere l'accennato secondo motivo del ricorso. Ma vi ha di più, cioè che la mancata notificazione delle cartelle importerebbe soltanto la perdita delle multe, non mai la nullità della esecuzione ai sensi dell'art. 25 delle leggi 23 giugno 1897 e 20 giugno 1902.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

8 ottobre 1906 n. 687

Pagano *Pres.* — Palladino *Est.*

Comune di Falvaterra (avv. *C. Baudana-Vaccolini*) contro Pompei (avv. *V. Jacoucci*).

***Se la sentenza penale condanna taluno genericamente ai danni e questi appella, ma poscia rinuncia al gravame, la liquidazione di tali danni deve farsi in sede civile dal magistrato di pari grado a quello che emanò la sentenza penale* (1).**

***Ciò ha luogo anche quando la sentenza penale d'appello, che dà atto della rinuncia al gravame, abbia emesso condanna ai maggiori danni* (2).**

La Corte ecc. — Tutto l'assunto del ricorso si può compendiare in queste due proposizioni: *a*) che il tribunale di Velletri, avendo, come magistrato penale, tenuta ferma la sentenza penale del pretore di Ceprano, che conteneva a carico del giudicabile, oltre la condanna penale, la condanna al risarcimento dei danni a favore di chi si era costituito parte civile, esso stesso era il magistrato da cui era emanata la condanna definitiva sulla pertinenza dei danni, e non poteva declinare la propria competenza, se in base al suo pronunziato definitivo dovevano esser determinati i diritti delle parti e doveva aver luogo la promossa liquidazione; *b*) che la stessa sentenza penale del tribunale di Velletri, avendo condannato ai maggiori danni l'appellante don Pompei, conteneva perciò quella condanna d'indole civile generica ai danni, che doveva aprire l'adito alla liquidazione, secondo le norme di competenza dettate nell'art. 571 cod. proc. penale, che la sentenza denunciata mancò di applicare.

Osserva che la prima proposizione poggia sopra un presupposto fallace, e cioè che sia intervenuta una sentenza di conferma della condanna pretoriale, il che non è, perchè al tribunale fu impedito di versare sul merito della causa per l'avvenuta rinuncia, del condannato, all'appello, essendosi perciò limitato a constatare che era rimosso, mercè questa rinunzia, l'ostacolo alla esecuzione della sentenza, e ad ordinare, dopo datone atto, l'esecuzione stessa al primo giudice, alla cui giurisdizione pertanto era prorogata, a termini del citato art. 571 proc. penale, la cognizione del giudizio di liquidazione che, in quanto ai danni aggiudicati, rappresenta una fase del giudizio di esecuzione.

Fu inopportuno, quindi, il richiamo a dottrina ed a giurisprudenza per altro non unanime, nè pacifica, pronunziatesi nel caso di sentenza di secondo grado confermativa, non potendo riferirsi alla fattispecie, dove non vi è che la sentenza del primo giudice che deve fare stato nel giudizio di liquidazione e che rimane il titolo attributivo di diritto, al

---

(1-2) Non conosciamo precedenti *specifici* conformi, giacchè la controversia che si è presentata infinite volte all'esame dei magistrati ha versato sempre sulla ricerca del giudice competente a liquidare i danni dopo una sentenza penale di rigetto dell'appello del condannato, e non già a seguito di una rinuncia all'appello per parte del condannato medesimo.

In proposito veggasi la notevole sentenza del Trib. civ. Roma 16 agosto 1905, est. TIMPANELLI, in questa Raccolta, anno 1905, pag. 522, con richiami in nota.

Pubblicheremo prossimamente una decisione della nostra Corte d'Appello sull'argomento tanto degno di studio.

Cfr. pure, da ultimo, Cass. Napoli 3 aprile 1906 est. SORRENTINO, in *Corte app.* 1906, 169, nonchè U. FERRONE, *Della speciale competenza per la liquidazione dei danni attribuiti con sentenza penale*, in *Gazz. Proc.* XXXIV, 204-206, e 241-246.

quale non si aggiunse, nè si sostituì altro titolo, essendo, per la rinuncia del gravame, rimasta sostanzialmente immutata la condizione delle parti, ed altrettanto fuori di proposito fu il ricorso al principio dell'effetto devolutivo dell'appello, perchè la causa fu sottratta al secondo esame in virtù della rinuncia.

Osserva sulla seconda proposizione che la condanna ai maggiori danni, profferita nella sentenza penale del tribunale di Velletri, quale che sia la loro entità e qualità, non costituì che l'ulteriore svolgimento della condanna pretoriale di aggiudicazione di danni, e, per l'evidente carattere di accessorietà dei primi al confronto dei secondi, il giudizio di liquidazione di quelli non poteva scindersi dalla liquidazione di questi, dovendosi svolgere nella stessa sede e dinanzi allo stesso magistrato da cui fu emesso il pronunziato dichiarativo del diritto. Ciò è voluto dall'economia dei giudizi, tanto più che la dimanda del Comune fu proposta congiuntamente e senza distinzione tra i danni aggiudicati dal pretore ed i maggiori danni attribuiti dal tribunale.

Non giova riportarsi all'art. 490 cod. proc. civile, che riconosce la facoltà al giudice di secondo grado di aggiudicare i danni sofferti dopo la sentenza di primo grado, poichè, a parte che questa disposizione non autorizza a ritenere che, dovendosi eventualmente procedere a liquidazione dei medesimi, come di quelli che siano stati attribuiti dal primo giudice, si debba procedere a liquidazione separata, è bene aver presente che si è sotto l'impero di una disposizione eccezionale che importa deroga ai criterii ordinarii della competenza, sostituendovi quella del giudicato che ebbe a pronunziare sulla pertinenza dei danni, in modo che il giudice che lo rese attrae nella sua giurisdizione tutto ciò che riguarda la esecuzione di esso, e così la totale liquidazione e gli eventuali incidenti che esauriscono la contestazione sul quantitativo dei danni provenienti dal fatto delittuoso.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

15 ottobre 1906 n. 699

Pagano *Pres.* — Natale *Est.*

Vignocchi (avv. *I. Borrè* e *U. Mazzoli*) contro Piazzi (avv. *E. Santangelo* e *G. Sgarzi*).

Il giudice di appello che, riformando la sentenza interlocutoria, ammette un ulteriore mezzo istruttorio deve rinviare la causa al primo giudice (1).

---

(1) **Giurisprudenza prevalente**: avremmo scritto *unanime*, se non vi fosse qualche decisione contraria come, ad esempio, quella della Cass. Napoli 26 aprile 1900, *Gazz. Proc.* XXX, 459.

Della stessa Cass. Roma abbiamo la decisione 17 settembre 1906, est. PALLADINO, conforme a questa che pubblichiamo.

Eccone i motivi: « La Corte osserva che ben si appongono al vero i ricorrenti, rilevando a carico della sentenza denunciata la violazione dell'art. 492 Cod. proc. civ., poichè, avendo il Tribunale, anzichè deciso definitivamente il merito della causa, disposto una perizia, e riformato, non già una definitiva, ma una sentenza che aveva ammesso una prova testimoniale, doveva esso Tribunale rinviare la causa al pretore, come dispone l'art. 492 succitato, il quale, regolando diversamente il caso della riforma della sentenza interlocutoria da quello della definitiva, non consente al giudice di secondo grado di avocare la causa, quando, nel riformare l'interlocutoria, non ne risolva il merito. Fuori di proposito dalla difesa del resistente si ricorda che la sentenza interlocutoria ha talora *vim definitivae*, e che la sentenza denunciata deve considerarsi come definitiva precipuamente in quanto, con uno speciale capo del dispositivo, decise sulla questione della comunione del muro, avendo dichiarato di competerne il diritto al Tivolesi, poichè la riferita disposizione di legge subordina la facoltà di avocazione del giudice d'appello alla condizione che egli sostituisca alla sentenza riformata del primo giudice una sentenza che chiuda l'adito ad ogni discussione sul merito della causa, e l'esaurisca interamente. L'espressione adoperata nel testo non può essere di più perspicuo significato, alludendo essa certamente a quella *sententia terminalis* che non ammette dopo di sè nella causa altra sentenza, risultando così coartato colla locuzione *merito della causa* il senso dell'avverbio definitivamente in modo da non potersi la disposizione riferire a quelle sentenze che risolvano parzialmente la causa. La legge ha derogato alla regola del doppio grado colla facoltà dell'avocazione, ma ha avuto in mira di troncare la lite, quando questa si presenta in istato di essere risoluta con pronta decisione; che se il secondo giudice non può decidere subito, diviene inutile spogliare il primo della sua giurisdizione e la giustizia non se ne avvantaggerebbe. L'avocazione da parte del giudice d'appello è possibile in

La Corte ecc. — Il Supremo Collegio riconosce veramente degno di accoglimento il primo motivo, col quale si censura il tribunale per non avere rinviata la causa innanzi al pretore a sensi della prima parte dell'articolo 492 cod. proc. civile. Riformando la sentenza interlocutoria, che aveva disposto il riesame dei testimoni, e disponendo il giuramento di ufficio, per supplire alla deficienza delle prove, il tribunale non poteva ritenere a sè l'ulteriore svolgimento della causa, che non era in grado di essere definitivamente decisa, ma doveva senz'altro rinviare la causa medesima al primo giudice per non togliere alle parti il doppio grado di giurisdizione. L'avocazione in appello si può fare o quando s'impugni una sentenza interlocutoria e nulla manchi per la decisione in merito, o quando si riformi una sentenza definitiva e si ordinino al tempo stesso ulteriori mezzi istruttori. Nella specie non ricorreva alcuna delle due ipotesi previste dall'art. 429 cod. proc. civile, e quindi occorre di cassare sotto tale aspetto la sentenza impugnata, rinviando la causa al magistrato competente a sensi dell'art. 544 detto Codice.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

15 ottobre 1906 n. 701

Pagano *pres.* — Giordani, *Est.*

Menicacci (avv. *F. Marabini*) contro Arpinelli e Palleri (avv. *S. Lembo*).

Accolta una domanda di separazione di mobili pignorati, non può condannarsi il pignorante al risarcimento dei danni se non si prova la colpa di lui ai sensi di legge (1).

Il giudice deve esaminare in complesso le prove testimoniali ed egualmente in complesso riassumere i risultati, nè è tenuto a riferire e trascrivere nella sentenza il tenore delle diverse deposizioni (2).

La Corte ecc. — Considera, circa la prima censura, che con la impugnata sentenza il Tribunale osservò che non bastava la nullità del pignoramento per far sorgere il diritto al risarcimento dei danni, e che occorreva, invece, che fosse dimostrata la colpa dei creditori pignoranti.

Ora, così giudicando, il Tribunale non violò ma applicò ed interpretò esattamente il citato art. 1151 del cod. civ., perchè, in forza della disposizione quivi contenuta e del successivo art. 1152, qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri dà diritto al risarcimento dei danni medesimi, quando il fatto sia avvenuto con l'intenzione di nuocere, ovvero per negligenza od imprudenza. Essendo, poi, questa una regola generale, è applicabile anche al caso di un pignoramento di beni non appartenenti al debitore, ma ad un terzo, che, come nelle fattispecie, abbia rivendicato la proprietà di quei beni ed ottenuto la dichiarazione di nullità del pignoramento.

Quindi la censura di cui trattasi è priva di qualsiasi fondamento giuridico.

Considerato, relativamente alla seconda censura, che il Tribunale con la impugnata sentenza osservò che nel caso concreto non solo mancavano gli elementi della colpa, ma si doveva ritenere che la medesima esulasse completamente, perchè l'Arpinelli ed il Palleri, prima di procedere agli atti di esecuzione, avevano fatto, come risultava dalla prova testimoniale, tutto quanto da loro dipendeva per accertarsi se i cavalli da pignorare appartenessero al loro debitore Cristiano Lobbia, e soggiunse che i due creditori non dovevano tener conto delle proteste del debitore, perchè in seguito alle assunte informazioni costui appariva proprietario dei detti cavalli, ed era interessato ad impedirne il pignoramento.

Ora con tali apprezzamenti, che sfuggono

---

quanto col suo esame abbracci *tottus causae cognitionem*, e col suo pronunciato decida *totam causam* ».

Cfr. in questi sensi Cass. Torino, 16 dicembre 1899, *Giur. tor.*, 1900, 96; Cass. Palermo 13 dicembre 1902, *Foro sic.*, 1903, 5; Cass. Napoli 7 luglio 1904, *Mon. trib.*, 1904, 846; ecc. ecc.

(1) Giurisprudenza pacifica. Veggasi la nota a pag. 403 di questa Raccolta, anno 1904.

Cons., però, A. Aquila 23 febraio 1906, *Giur. abr.* 1906, 321, che deve riferirsi a caso speciale.

(2) E' curioso che testè dinanzi alla stessa Cass. di Roma fuvvi chi censurò una decisione perchè in essa il giudice aveva esaminato articolo per articolo la concludenza delle prove invocate, e non già in complesso. Bene, però, rispose la Corte che in tal caso l'operato del giudice meritava plauso piuttosto che censura (dec. 15 dic. 1906, est. RICCOBONO).

all'esame di questo Supremo Collegio, il Tribunale adempì all'obbligo di indicare, giusta l'art. 360 n. 6 del cod. di proc. civ., i motivi per i quali riteneva che i creditori Arpinelli e Palleri non avessero agito con negligenza od imprudenza nel procedere al suddetto pignoramento.

Nè può sostenersi che la motivazione sia insufficiente per non aver il Tribunale specificatamente indicato il tenore delle diverse deposizioni testimoniali, poichè il giudice non ha l'obbligo di riferire nella sua sentenza tutte le singole prove raccolte, ma deve soltanto riassumerle ed addurre i motivi della sua risoluzione, il che appunto fece il Tribunale nell'escludere qualsiasi colpa dei creditori Arpinelli e Palleri nel pignoramento dei cavalli suddetti.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 novembre 1906 n. 711

Pagano *Pres.* — Riccobono Est.

Ruda (avv. *G. Cadoni*) contro Ruda ed altri (avv. *V. Porto*).

E' inibito al giurante di apportare alla formola del giuramento modificazioni o aggiunte che valgano ad alterarne l'essenza (1).

Il giudizio del magistrato di merito, che la sostanza del giuramento sia stata alterata, è incensurabile in cassazione (2).

In tema di giuramento decisorio non è applicabile il principio della inscindibilità delle dichiarazioni, che è proprio della confessione (3).

Prestato il giuramento decisorio, come non è ammesso il deferente ad infirmarne con documenti i risultati, così il giurante non può pretendere l'esame di documenti diretti a suffragare le variazioni e le aggiunse da esso apportate nella formola di giuramento e per le quali siasi giudicato esser rimasta alterata l'essenza della formola medesima (4).

La Corte ecc. — Col primo mezzo si lamenta la violazione dell'art. 1373 cod civ., e la falsa applicazione dell'art. 226 cod. proc. civ., assumendosi, in primo luogo, che la denunziata sentenza si appalesi fondata sul concetto che nella prestazione del giuramento decisorio non sia ammissibile alcuna aggiunta alla formola, che pur valga a spiegare e chiarire il fatto, su cui cade il giuramento concetto che si dice oramai rinudiato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ma questa prima censura si trova apertamente contradetta da tutto il contenuto della sentenza denunziata, la quale, discutendo degli effetti del giuramento prestato da Michele Ruda, dopo avere indagato l'obbietto del giuramento ammesso con la precedente sentenza, passata in giudicato, cioè di stabilire le somme pagate da Filippo per debiti ereditari, quali risultavano dalla scrittura del 1877, e tenuto conto della transazione seguita col Credito Agricolo nel 1893, e di stabilire altresì le somme riscosse da Michele per crediti della eredità relativamente alla quota di Filippo, passando all'esame delle risposte date ai capitoli di giuramento, emise giudizio che il giurante Michele Ruda abbia sostanzialmente variato la formola stabilita in sentenza ed inteso creare a se stesso nuovi titoli creditori.

Ed al riguardo considerò che quegli, a cui il giuramento è deferito, se ha da osservare sulla formola proposta, deve chiederne la modificazione e nel caso di contestazione provocare la decisione del magistrato.

Ma, una volta accettata la formola o questa stabilita con sentenza irrevocabile, il giuramento deve essere prestato nei termini stabiliti, e, tale principio applicando al caso concreto, soggiunse che bene avrebbe avuto il Michele Ruda la facoltà di chiederne la modificazione o di riferire al fratello Filippo il giuramento; ma, questo una volta accettato come gli era stato deferito, non poteva egli introdurvi varianti che modificassero o alterassero, come ne aveva modificato o al-

(1-4) Questa sentenza, insieme con l'altra anche più rigorosa del 15 dicembre 1906, est. SPIRITO, (inserita più innanzi, in questa Raccolta, pag. 23) dimostra chiaramente come il nostro Supremo Collegio si sia messo sulla via di una benintesa applicazione della legge.

In dottrina veggasi L. MORTARA, *Commentario*, II, 507, il FERRARA, in *Annuario della proc. civ.* del CUZZERI, 1903, voce *Giuramento*, pag. 361 nota, e il BOZZO, in *Temi gen.* 1904, 677.

In questi scritti è raccolta pure abbondante messe di giurisprudenza, ancora molto controversa sull'interessante argomento.

terato, l'essenza, mettendosi in una posizione di favore rispetto al deferente e stabilendo, col giuramento, fatti e circostanze che non aveva inteso il deferente stesso di lasciar stabilire con tal mezzo di prova. Lungi, adunque, di avere il giudice del merito supposto la inammissibilità di aggiunte a scopo di spiegare semplicemente i fatti dedotti col giuramento decisorio, egli invece affermò che al giurante sia inibito di apportare alla formola del giuramento modificazioni o aggiunte che valgono ad alterarne l'essenza.

Ora, senza alcun bisogno di discutere sulla vera indole del giuramento decisorio, sia che si ravvisi nella delazione del giuramento decisorio, secondo una dottrina tradizionale, la proposta di una convenzione, la quale, accettata, assume i caratteri di transazione, o si riguardi il giuramento decisorio come un semplice mezzo di prova a cui però vien dalla legattribuita un'assoluta ed eccezionale efficacia, la verità del principio, accolto dalla sentenza denunziata, si appalesa qual necessario effetto del tassativo disposto dell'art. 1372 cod. civ., secondo il quale la parte che ha deferito il giuramento può rivocarlo anche dopo la sentenza intervenuta sull'ammissione del medesimo, se in questa fu variata la formola proposta.

Se in vero si ammettesse che il rispondente, nell'atto della prestazione del giuramento, potesse variare la formola accettata o disposta con la sentenza, si verrebbe a privare la parte che ha deferito il giuramento della giusta protezione della legge, con la strana conseguenza che, mentre essa ha perfino il diritto di rivocare il giuramento, se le variazioni della formola sono ordinate con la sentenza, dovrebbe invece subirle, se introdotte per sorpresa, al momento stesso della prestazione del giuramento.

Che il ricorrente, nello stesso mezzo di gravame, abbandona la fatta censura di aver la Corte di merito ritenute inammissibili le aggiunte e variazioni, pur dirette a spiegare e a chiarire i fatti dedotti in giuramento, e viene ad accedere alla massima professata dalla Corte stessa, che, stabilita la formola, il giurante non abbia facoltà d'introdurvi delle variazioni che ne modifichino o ne alterino la sostanza, ma di tale massima pur respinge le giuridiche conseguenze, in base ad altre e non meno infondate deduzioni.

Invero la deduzione che le variazioni o aggiunte, da esso ricorrente apportate alla formola del giuramento a lui deferito, non fossero sostanziali, non può avere adito presso il Supremo Collegio, poichè implica una questione e un'indagine di puro fatto il discernere se la variazione o aggiunta, apportata alla formola del giuramento, ne tocchi la sostanza o sia di pura forma a chiarimento del fatto, e indubbiamente rientra nell'ufficio del giudice del merito, il quale attinge il suo giudizio agli atti della causa e alle intenzioni delle parti, come nel caso in ispecie, in cui la sentenza denunziata, stabilendo il tema della contestazione, l'obbietto e il fine del giuramento deferito e rilevando la difformità delle risposte con la formola ordinata in sentenza, giudicò che le aggiunte e variazioni, apportate da Michele Ruda alla formola del giuramento, non solo ne modificavano e alteravano la sostanza, ma con esse il giurante veniva a creare a sè stesso dei nuovi titoli creditori.

Non ha giuridico fondamento l'altra deduzione che dice violato dalla denunziata sentenza il principio dell'inscindibilità della confessione. Manifestamente la diversa indole dei due istituti giuridici, la diversità dei rapporti processuali tra le parti, nei casi di un giuramento decisorio o di una confessione giudiziale, non consente in tema di giuramento decisorio l'applicazione del principio della indivisibilità, che è proprio della confessione.

L'una parte è libera di accettare o no la confessione dell'altra; senonchè, accettandola, non può dividerla in danno di quest'ultima. Invece, deferito il giuramento, l'una parte è vincolata ad accettare la risposta giurata dall'altra e a subire la perdita della lite, ma a condizione che la risposta sia conforme alla formola, alla quale la delazione stessa del giuramento venne subordinata, ond'è che di qualsiasi aggiunta o variazione che ne modifichi la sostanza non può tenersi alcun conto.

Nè giova infine l'opporre che nel caso in ispecie le variazioni ed aggiunte, di cui è parola, venivano suffragate da documenti che il ricorrente esibiva alla Corte di merito, donde la censura di non aver questa voluto togliere in esame i detti documenti.

Anche a quest'altra censura bene resiste la denunziata sentenza, poichè, risoluto il punto della controversia, su cui era caduto il giuramento, per l'effetto della prestazione del

medesimo, spogliato di qualsiasi aggiunta diretta a modificarne la sostanza, non era luogo ad altro esame che, nell'intendimento del ricorrente, era diretto ad infirmarne i risultati, mercè la nuova prova documentale da esso esibita. Se, in tema di giuramento deferito di ufficio dal giudice, può disputarsi e si disputa se e quali prove ulteriori si possono opporre dopo la prestazione del medesimo, in tema di guiramento decisorio, questo una volta prestato, e avuto riguardo alla sua essenza, nè alle parti, nè al giudice è consentita ulteriore discussione sulla verità del fatto, assodata da così eccezionale mezzo di prova.

Non ha poi alcuna solida base l'accusa, che con lo stesso mezzo si muove, di difetto di motivazione, imperocchè le osservazioni, sopra riferite contenute nella denunziata sentenza, bastano a dar ragione del giudizio emesso dalla Corte di merito.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 novembre 1906 n. 713

Pagano *Pres.* — Giordani *Est.*

Procura Generale contro Comune e Comunisti di Gaggio Montano (avv. *D. Berti*).

Il principio che non è ammesso ricorso per cassazione avverso le sentenze inappellabili, o non impugnate con l'appello, vale anche per il Ministero Pubblico che voglia, a termine dell'art. 519 cod. proc. civile, far annullare una sentenza civile o commerciale nell'interesse della legge (1).

La Corte ecc. — Considera che l'art. 519 del Codice di procedura civile dispone così: « Quando nel termine stabilito dal precedente articolo 518 non sia stato presentato ricorso per cassazione, o vi sia stata rinunzia al ricorso presentato, il Ministero Pubblico presso la Corte di Cassazione può denunziare d'uffizio la sentenza, se creda che debb'essere annullata nell'interesse della legge ».

Ora, quantunque la surriferita disposizione non indichi esplicitamente contro quali sentenze, pronunziate in materia civile o commerciale, possa proporsi, nell'interesse della legge, il ricorso per cassazione, tuttavia dal contesto della disposizione medesima è dato argomentare che il detto ricorso sia proponibile soltanto contro le sentenze pronunziate in grado di appello, e che sia quindi inammissibile contro le sentenze inappellabili, ovvero contro le sentenze che, pur essendo suscettive di appello, non siano state impugnate con tale rimedio ordinario.

Infatti, il legislatore, avendo col citato articolo 519 del Cod. di proc. civile disposto che il ricorso per cassazione nell'interesse della legge non possa proporsi, se non quando le parti litiganti non abbiano presentato ricorso per annullamento, ovvero quando abbiano rinunziato al ricorso da esse prodotto, evidentemente ha inteso di ammettere il ricorso nell'interesse della legge soltanto contro le sentenze civili o commerciali, che dalle parti interessate possono essere impugnate in cassazione, e, quindi, contro le sentenze indicate nel precedente art. 517, cioè contro le sentenze pronunziate in grado di appello.

A sostenere la tesi opposta indarno si osserva che il ricorso previsto dal citato art. 519, del cod. di proc. civile ha lo scopo d'impedire che le sentenze illegali, passate in cosa giudicata per incuria o per volontà delle parti litiganti restino ferme con offesa permanente alla maestà della legge e diventino causa di nuovi errori giudiziarii, e che, potendosi tali inconvenienti verificare anche per le sentenze civili e commerciali inappellabili, o non impugnate con l'appello, per questa ragione si dovrebbe anche contro le medesime ammettere il detto ricorso.

Invero, siffatta interpretazione, in primo luogo, è contraria alla chiara disposizione dell'art. 519 messa in relazione con quella contenuta nel precedente art. 517, e non è permesso dare ad una disposizione legislativa una interpretazione diversa da quella che risulta dal significato delle parole nella disposizione adoperate, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore, giusta l'art. 3 delle disposizioni preliminari al Codice civile.

La detta interpretazione è, poi, specialmen-

---

(1) Il nostro Supremo Collegio conferma, per un caso speciale, la tesi generale da lui efficacemente propugnata della inammissibilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze inappellabili.

Cfr. da ultimo la decis. 6 agosto 1906, in questa Raccolta 1906, pag. 448 con nota di richiami.

te inammissibile nel caso concreto, trattandosi di un rimedio straordinario, che non può sperimentarsi se non nei casi e nei modi stabiliti dalle leggi di procedura, giusta l'articolo 148 della legge sull'ordinamento giudiziario.

D'altra parte, se il legislatore avesse voluto estendere il ricorso nell'interesse della legge anche alle sentenze civili o commerciali inappellabili, o non impugnate con l'appello, lo avrebbe detto, come ha fatto per il ricorso nell'interesse della legge contro le sentenze pronunziate in materia penale, avendo nell'art. 684 del cod. di proc. penale espressamente dichiarato che il detto rimedio può proporsi contro qualsiasi sentenza inappellabile pronunziata da una Corte, da un Tribunale o da un Pretore.

Infine, il valore e la importanza di una sentenza civile o commerciale inappellabile, o non appellata, sono ben diversi da quelli di una sentenza pronunziata in grado di appello, e tale diversità costituisce certamente la ragione per la quale il legislatore non ha creduto di estendere alle sentenze civili o commerciali inappellabili, o non appellate, il ricorso nell'interesse della legge.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 novembre 1906 n. 714

Pagano *Pres.* — Natale *Est.*

Colafranceschi (avv. *A. Clementi* e *C. Garroni*) contro Forzano e Franchi (avv. *G. Manna*).

Come l'incompetenza per territorio, così la violazione dell'art. 213 del Regolamento generale giudiziario — secondo cui le cause e gli affari assegnati ad una sezione sono invariabilmente trattati davanti la medesima fino a sentenza od ordinanza definitiva — devesi dedurre prima di ogni altra istanza o difesa (1).

La violazione di cotesto art. 213 non può essere rilevata di ufficio (2).

Nel giudizio di appello, cotesto art. 213 è applicabile soltanto al caso in cui il magistrato, pronunziando interlocutoriamente, ritenga a sè la causa. Quindi, se il magistrato di appello rinvii la causa al primo giudice, il gravame avverso una nuova sentenza può discutersi dinanzi a sezione diversa da quella che si occupò del primo gravame (3).

La Corte, ecc. — Considera che col primo mezzo del ricorso il Colafranceschi sostiene che la denunziata sentenza sia nulla per difetto di giurisdizione nella sezione terza del Tribunale, dalla quale fu pronunziata, perchè, a termine dell'art. 213 del Regolamento generale giudiziario, avrebbe dovuto invece decidere sulla controversia la Sezione seconda dello stesso Tribunale, che con sentenza del 25 giugno 1904 aveva giudicato sul primo appello del Forzano ed ammesso la prova testimoniale e l'interrogatorio chiesto da costui.

Considera, circa la dedotta nullità della denunziata sentenza per difetto di giurisdizione, che, giusta gli articoli 44 e 69 della legge sull'ordinamento giudiziario, i Tribunali e le Corti di appello possono, in forza d'un decreto reale, essere divisi in più sezioni, se la necessità del servizio lo richieda. Quindi tale divisione, imposta unicamente dalle esigenze del servizio, non dà luogo ad una diversità di giurisdizione tra le Sezioni, ma attribuisce soltanto a ciascuna di esse una competenza che ha tutti i caratteri di quella per territorio.

Da ciò segue che, se si verifichi la violazione dell'art. 213 del Regolamento generale giudiziario, il quale articolo dispone che le cause e gli affari assegnati ad una Sezione sono

---

(1-2) In modo sostanzialmente conforme la Cassazione di Palermo 6 dicembre 1906, *Foro sic.*, 1906, 575, decise che non può dedursi per la prima volta in cassazione la violazione dell'art. 213 regolamento generale giudiziario per essersi decisa la causa da una sezione diversa da quella a cui era stata in precedenza assegnata.

Però la Cassazione palermitana soggiunge che tale fatto non produce in alcun modo la nullità della sentenza.

(3) Il nostro Supremo Collegio conferma, così, l'anteriore sua giurisprudenza (ved. decis. 6 aprile 1904, est. COSENTINI, *Giur. ital.*, 1904, 1, 80) andando in avviso apertamente contrario a quello dell'A. Roma 19 dicembre 1905, est. PALLADINI. Questa sentenza dell'A. Roma può leggersi nella presente raccolta, anno 1906 pag. 73, dove è riprodotta con nota critica dell'avv. A. S. MARTORELLI, favorevole alla tesi sostenuta nella sentenza che commentiamo.

invariabilmente trattati davanti la medesima fino alla sentenza od all'ordinanza definitiva, la detta violazione deve essere dedotta prima di ogni altra istanza o difesa, e non può essere rilevata d'ufficio, giusta l'art. 187 del codice civile, e per conseguenza, se non fu dedotta davanti la Sezione incompetente, non può essere proposta in altra sede.

Ora, sta in fatto che il ricorrente Colafranceschi non eccepì, in base al citato articolo 213 del Regolamento generale giudiziario, la incompetenza della Sezione terza del Tribunale, dalla quale la denunziata sentenza fu pronunziata.

Del resto, siffatta censura, se fosse ammissibile, dovrebbe essere respinta, come quella che è priva di qualsiasi fondamento. Invero, la norma stabilita nel surriferito art. 213 trova la sua ordinaria applicazione nel giudizio di prima istanza, perchè in tale giudizio, finchè il magistrato adito non abbia definitivamente pronunziato in merito, si verifica quella continuazione, per la quale il legislatore ha creduto conveniente di disporre che le cause e gli affari assegnati ad una Sezione siano trattati dalla medesima fino alla sentenza ed alla ordinanza definitiva. Nel giudizio di appello, invece, il citato art. 23 è applicabile soltanto al caso in cui il magistrato, pronunziando interlocutoriamente, ritenga la causa, perchè, in questa ipotesi, la causa deve continuare davanti lo stesso magistrato di appello; ma non è applicabile al caso in cui, come nella fattispecie, il giudice di appello abbia rinviato la causa davanti il primo giudice per la continuazione, e poi, in seguito ad altra sentenza di primo grado, la lite sia ritornata davanti il giudice di appello, perchè in questa ipotesi la causa in sede di appello costituisce una causa nuova e non già una continuazione della precedente.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

10 novembre 1906 n. 721

Pagano *Pres.* — Natale *Est.*

Virdis (avv. *A. Schmid*) contro Bicheddu (avvocato *S. Bentivegna*).

Non è possessore di buona fede, e quindi non può far suoi i frutti a termine degli articoli 701 e 703 cod. civile, colui che dichiara di stare in possesso in forza di una cessione verbale d'immobili, della quale la legge, che per tale contratto esige la prova scritta, proibisce assolutamente la prova testimoniale anche se vi fosse un principio di prova per iscritto (1).

La Corte, ecc. — Per poter invocare il possesso di buona fede e far suoi i frutti sino alla domanda giudiziale ai sensi degli articoli 701 e 703 codice civile, occorre:

1. che il possessore goda la cosa come proprietario;
2. che egli abbia a suo favore un titolo abile a trasferire il dominio;
3. che egli ignori i vizi di cotesto titolo.

Quanto all'elemento subiettivo (*illaesa conscientia rem esse suam*, ovvero *justa opinio quaesiti dominii*), son tutti d'accordo nel ritenere che basti la intenzione, congiunta alla ignoranza dei vizii, per i quali il titolo può essere impugnato.

Ma la discordia nasce nel ricercare l'elemento obiettivo, cioè *il titolo abile a trasferire il dominio.*

Quelli che attingono alle pure fonti del diritto romano non hanno difficoltà di proclamare che per *titolo* s'intende qualunque giusta causa di possedere (*justa causa titulus appellatur*, Cod. III, 32, 24).

Quelli che s'inspirano al Codice napoleonico ed agli altri Codici che ne seguirono le traccie non sono alieni dall'accettare la regola « titolo » come equivalente a *giusta causa*, specialmente perchè anche il trasferimento d'immobili, sotto l'impero di quei Co-

---

(1) Negli stessi sensi fu definito il possesso di buona fede dalla decisione 15 marzo 1904 della Cassazione Roma, est. TIVARONI, in questa Raccolta anno 1904, pag. 243.

Egualmente ebbe ad esprimersi la stessa Corte nella recentissima decisione del 22 novembre 1906, est. SETTI, in *Riv. univ.*, 1906, 1, 600, nella qual decisione fu combattuta recisamente la vecchia teorica del titolo putativo. Vedi, però, F. ATZERI, in *Foro ital.* 1907, 1, 94-97.

La sentenza, ora cassata, è quella dell'A. Cagliari 27 novembre 1902, *Giur. sarda*, 1903, 14.

dici, poteva farsi senza scrittura, fino ad un certo valore.

Ma il Codice civile italiano ha mutato il sistema, richiedendo nell'art. 1314 l'atto pubblico o la scrittura privata, sotto pena di nullità, pel trasferimento d'immobili e di diritti immobiliari di qualunque valore. Ond'è che, per interpretare il significato del *titolo abile a trasferire il dominio*, non basta ricorrere alle regole generali dell'art. 710 circa i modi di acquistare e di trasmettere la proprietà (per occupazione, successione, donazione, convenzioni e prescrizione), ma occorre tener presenti le disposizioni speciali dei singoli istituti, per indurne se un titolo traslativo di dominio (*ad acquirendum habilis*) sia legalmente efficace.

Applicando, ora, questi principii alla causa in esame, si trova che il creditore Bischeddu, per far suoi i frutti sino alla domanda giudiziale, non invocò altro titolo che la *cessione verbale* della proprietà dei fondi del suo debitore Virdis. Ma questa cessione, com'egli la chiama, non poteva esser fatta che con atto autentico o scrittura privata, secondo l'art. 1314 cod. civile. Dunque, non è il caso di titolo viziato, in forza del quale si sia potuto possedere come proprietario, nella ignoranza dei vizii, ma è il caso di assoluta mancanza di titolo, al cui difetto non si può supplire con la credenza o supposizione che un titolo fosse esistito.

Errava, quindi, la Corte di merito nell'ammettere la prova testimoniale della *verbale cessione d'immobili*, anche in base al principio di prova scritta, desunto dalla citazione del Virdis; imperocchè l'art. 1347 cod. civile contiene una deroga alle disposizioni degli articoli 1341 e seguenti, ma non muta per nulla il precetto dell'art. 1314. *Frustra probatur quod probatum non releval.* In conseguenza non regge la perizia che fu disposta anche in base alla inammissibile prova testimoniale.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

13 novembre 1906 n. 734

Caselli *Pres.* — Cerza *Est.*

Zocchi (avv. *Q.* e *C. Galanti*) contro Demanio (avv. erariale).

Il corso della prescrizione può interrompersi mercè la ricognizione del debito in atti anche unilaterali o in atti e contratti intervenuti fra i debitori ed i terzi (1).

La Corte, ecc. — Del tutto infondato è il primo mezzo del ricorso, perchè la Corte di merito correttamente ritenne che l'istromento del 1873, col quale il sacerdote Zocchi assunse l'obbligo di pagare la tassa di svincolo del benefizio che gli veniva donato, costituiva una ricognizione del debito a favore del Demanio, e quindi interrompeva il corso della prescrizione.

Nè vale obbiettare che nel cennato istromento non intervenne il Demanio creditore, perchè è ovvio che la ricognizione, come causa interruttiva della prescrizione, può avverarsi in occasione di atti e contratti, intervenuti fra i debitori ed i terzi, e può risultare anche da semplice atto unilaterale, non occorrendo l'intervento del creditore, perchè non trattasi di creare una nuova obbligazione, ma semplicemente di riconoscere quella preesistente.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

17 novembre 1906 n. 747

Pagano *Pres.* — Corbo *Est.*

Pirovano (avv. *A. Brunetti*) contro Menegotto (avv. *C. De Benedetti*).

Proposte con separati atti una domanda di rivocazione ed una domanda di nullità avverso la stessa sentenza arbitrale, è insindacabile in cassazione il fatto del magistrato che trovi opportuno di riunire ambedue le domande; come pure è giusto che cotesto

---

(1) Cfr. nello stesso senso Cass. Roma 11 marzo 1886, *Legge* 1886, 1, 505, e A. Torino 2 marzo 1906, *Giur tor.*, 1906, 738.

Anche la denunzia di un debito ereditario nel passivo di una successione importa ricognizione del debito medesimo da parte degli eredi, interruttiva di prescrizione (A. Trani 3 marzo 1906, *Foro Puglie*, 1906, 460, A. Genova 25 maggio 1906, *Temi gen.*, 1906, 345, e Cass. Torino 7 luglio 1905. *Temi gen.* 1905,417, con nota di L. BARASSI).

magistrato esamini dapprima la domanda di nullità in quanto eventualmente può restare assorbita quella di revocazione (1).

Se nel compromesso le parti hanno ingiunto all'arbitro la nomina di un cancelliere da cui farsi assistere per tutte le garanzie del contraddittorio, è nulla la sentenza arbitrale, ove tale nomina sia stata omessa; e la nullità può eccepirsi in sede d'impugnativa della sentenza arbitrale (2).

La Corte, ecc. — Attesochè sia destituito di qualunque fondamento giuridico il primo mezzo — innanzi tutto, perchè, nella fattispecie essendo le due domande di revocazione e di nullità concorrenti al medesimo scopo, di porre nel nulla la sentenza arbitrale, l'opportunità di riunirle era una questione di fatto che rientrava nell'insindacabile apprezzamento dei giudici di merito, — in secondo luogo, perchè, essendosi giudicata opportuna la loro unione, era logico che si dovesse con precedenza esaminare la domanda di nullità, la quale, traendo seco l'annullamento dell'intero lodo, e investendo l'autorità giudiziaria delle controversie di merito, veniva naturalmente ad assorbire l'altra di revocazione, che era di minore comprensione ed estensione;

Attesochè sia insussistente la domanda contenuta nel terzo mezzo, perchè, avendo la Corte d'appello ritenuto in fatto che il Pirovano fu posto nella impossibilità di provvedere alla sua difesa nell'ultimo e più importante stadio del giudizio arbitrale, si comprende facilmente com'egli non potesse opporre la nullità per l'omessa nomina del Cancelliere, da cui gli era derivato cotesto pregiudizio, se non in sede d'impugnativa della sentenza arbitrale. E cotesta nullità venne da lui implicitamente proposta avanti il Tribunale, prima d'ogni altra domanda, perchè egli, nello spiegare, come risulta dalla narrativa dell'impugnata sentenza, l'azione di revocazione del lodo, accennò, nel primo dei motivi dedotti, alla mancata nomina del Cancelliere, che avrebbe dovuto, secondo il compromesso, essere eletto dall'arbitro per il deposito degli atti e documenti;

Attesochè sia del pari infondato il quarto mezzo, dappoichè la denunziata sentenza riconobbe in diritto che l'ufficio di Cancelliere non è necessario alla funzione giudiziaria degli arbitri, ma in linea di fatto ritenne, con incensurabile apprezzamento, che la nomina del Cancelliere, nel concreto caso, era per l'arbitro obbligatoria, essendo stata intenzione delle parti che una tale nomina dovesse surrogare e riassumere tutte le forme e garenzie del contraddittorio, e costituire, quindi, una condizione essenziale del compromesso;

Per questi motivi, ecc.

(1) L'A Milano 4 dicembre 1902, *Mon. trib.* 1903, 599, decise che chi propone l'azione di rivocazione d'una sentenza arbitrale non può proporre in via subordinata l'azione di nullità, ma può tuttavia, al momento della contestazione della lite, modificare l'ordine delle domande.

(2) *Contra*: MORTARA, *Commentario del cod. e delle leggi di proc. civ.*, vol. III, n. 137.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

15 dicembre 1906 n. 879.

Caselli *Pres.* — Spirito *Est.*

Concetti (avv. *A. L. Ferreri*) contro Marcucci e Luciani (avv. *G. Del Bello*).

Poichè la legge (art. 226 cod. proc. civ.) *impone al giurante di rispondere al giuramento deferitogli, cominciando col pronunziare la parola « giuro » e continuando col leggere o ripetere le parole della formola in cui giura, non può dubitarsi in alcun modo che è divietato al giurante di prescindere dalla detta formola; cosicchè, se la formola risulta variata o modificata, il giuramento deve ritenersi non prestato, senza badare alla sostanza dell'atto* (1).

(1) E' questa la sentenza che insieme con l'altra del 15 dic. scorso, pubblicata qui indietro, a pag. 17, dimostra la tendenza del nostro Supremo Collegio verso quella concezione del giuramento che si appalesa più razionale, soprattutto dopo che il detto mezzo istruttorio venne spogliato del suo prevalente carattere religioso.

Dell'opportunità del giuramento molto si può discutere in teoria, ma dal momento che la nostra legge consente siffatta prova e l'ha disciplinata in una guisa tutta particolare, imponendo l'adozione di una *formola* e ordinando altresì di *leggere o ripetere a voce chiara le parole della formula* (guardisi quanta meticolosità!), sarebbe lo stesso che rinnegare lo *jus conditum* ove si permettesse di variare o modificare la formola, per impelagarsi poi nella ricerca se ne sia stata o meno alterata la sostanza o, come pur dicesi, l'essenza.

La Corte, ecc. — Il Tribunale considerò che non poteva trovare applicazione nella specie l'art. 56 della procedura, perchè esso riflette le citazioni e gli altri atti del procedimento, si contenvano tutti i requisiti richiesti, ed anche pechè la materia del giuramento mentre d'altronde nel verbale del giuramento è disciplinata dagli art. 1362 cod. proc. civ. per la sostanza e 226 della procedura per il modo della prestazione, sicchè ad essi e non ad altre disposizioni devesi solo aver riguardo. La sostanza dunque è nel codice, non nella procedura: e quando la sostanza è integra nei suoi risultati, convien concludere che il giuramento abbia raggiunto la sua finalità. Dopo la legge del 1876 che riformò l'art. 226, questo perdette quella rigida inflessibilità che proveniva dal suo carattere religioso, per assumere la moderna forma civile; ciò che dovette condurre ad abbandonare la pristina miticolosità della forma materiale delle parole, per attenersi alla sostanza dell'atto, e vedere se il giurante abbia ammesso o negato quello che nella formola era scritto. Quanto si osserva in contrario per dimostrare la necessità di stare alla precisa formola di giuramento, sono rilievi che non hanno peso e trovano facile risposta in osservazioni contrarie. E' insomma tutto un affare di coscienza: una garentia sicura sul vero o sul falso non esiste mai; e colui che si affida alla coscienza dell'avversario, deve, senza restrizione, accettare tutte le conseguenze di tale fiducia, quando le risultanze riescono a lui contrarie. L'essenziale è che anche senza la ripetizione meccanica della formola il giurante risponda, negando od ammettendo quello che con essa gli si domandava. L'art. 226 non è che una guida per raggiungere lo stesso scopo e però nessuna nullità esso commina per la mancata ripetizione materiale della formola, pago che detto scopo sia comunque raggiunto.

Nè poi è serio il rilievo che vuolsi ricavare dalle parole contenute nella risposta del Luciani — giuro e nego che non esiste —, avvegnachè, a parte il senso grammaticale di essa, sia indubbio che, così rispondendo, la Luciani, povera idiota, volesse non affermare, ma negare quanto si conteneva nella formola del giuramento.

E però, con sentenza 27-30 marzo 1906, il Tribunale respinse l'appello del Concetti, pienamente confermando quella del pretore.

Contro di essa insorse il Concetti denunziandola per violazione degli art. 56, 226 in relazione agli art. 220, 222 cod. proc. civ., per erronea interpretazione ed applicazione degli art. 1362 e seguenti codice civile, nonchè per violazione dei principi di cui agli art. 1349 e 1350 dello stesso codice.

Rileva che non possa ritenersi estraneo alla quistione l'art. 56 della procedura; che se poi l'art. 226 non commina espressamente la nullità, prescrivendo esso il modo onde il giuramento debba essere prestato, la nullità risulta implicita dalla inosservanza delle formalità sostanziali dalla legge stabilite. Ed è naturale poichè, essendo la definizione della lite subordinata dall'accordo delle parti alla prestazione del giuramento secondo la formola proposta ed accettata, la deviazione da tale formola porta alla violazione del patto giudiziario. Nè può pretendersi che il deferente il quale confidava alla coscienza dell'avversaria la risoluzione della causa secondo la formola proposta, dovesse subirne la conseguenza anche se vi avesse risposto in modo diverso, sol che risulti chiaro il pensiero e la volontà di negare il fatto racchiuso nella formola stessa. Sarebbe frustato così lo scopo della legge, che volle circondato il giuramento di tutte quelle forme e solennità da essa statuite, nè più troverebbe ragione la prescrizione della formola da parte del deferente, nè l'accettazione da parte dell'avversario, se questi potesse poi impunemente defletterne, contravvenendo ai termini del patto concordato.

Considera, che contenendo il giuramento decisorio *speciem transactionis*, anzichè un mezzo vero e proprio di prova, sia piuttosto una forma contrattuale di por fine ad una lite fra le parti vertente.

Che, per cotesto postulato, si riesca di leggieri a rendersi ragione di quelle formalità di cui la legge la volle circondata, perchè prescriva al derente di proporne la formola, gli conceda di recedere quando fosse dal giudice modificata, neghi all'avversario di riferirlo dopo di avere accettato di giurare; perchè questi, venendo meno all'obbligo assunto della prestazione, rimanga, solo per ciò, soccombente in causa, e perchè in fine dopo prestato il giuramento non sia più ammessa alcuna prova contraria, dovendosi la lite ritenere esaurita secondo le risultanze di esso.

Che quindi derivi come non possa ritenersi indifferente il modo di prestazione del giura-

mento, e come sia in tutto erroneo il criterio della sentenza impugnata, la quale, prescindendo dalla formola, riguarda solo dell'atto la sostanza ed il fine ultimo, appagandosi di ricercare se con la data risposta siansi dal giurante ammessi o negati i fatti contenuti nella formola stessa.

Che, a parte ciò, convenga non obliare che il concetto di azione oscilla tra la idea di forma e di sostanza, altro non essendo che la sostanza stessa del diritto che tende ad attuarsi e divenire realtà concreta, mercè le norme del rito apprestate dal legislatore in servizio di esso.

Che però, se vero sia che il codice civile intende a determinare e regolare i rapporti giuridici fra le parti, e che ufficio esclusivo della procedura sia invece quello di stabilire le norme secondo cui debba svolgersi la tela giudiziaria e lo accertamento delle prove, non ne consegue punto che, per la definizione di tali rapporti, si possa prescindere dai dati processuali, quando son essi che forniscono la materia su cui la giurisdizione del magistrato deve esplicarsi, e costituiscono quindi del diritto un complemento necessario ed indispensabile.

Che se ciò è, in genere, di tutti gli atti processuali, con miglior fondamento debbasi affermare del giuramento decisorio, nel quale, attesa la speciale indole sua, le formalità dalla legge indicate possono ritenersi quasi stabilite meno da essa, quanto dalla volontà delle parti litiganti.

Che pertanto, avendo l'art. 226, il quale prescrive il modo onde il giuramento deve essere prestato, imposto che il giurante debba rispondervi cominciando dal pronunziare la parola *giuro*, e continuando leggendo o ripetendo le parole della formola in cui giura, è impossibile senza sovrapporsi alla legge e cadere nell'arbitrio prescindere dalla formola, per attenersi alla sostanza del giuramento e farne dipendere l'efficacia di un atto che solo dall'osservanza di essa attinge la sua validità ed efficacia giuridica.

Che per cotesto medesimo riflesso non sia a dire che manchi nell'articolo una precisa sanzione di nullità. Poichè, a parte quanto fu sopra rilevato intorno alla natura del giuramento decisorio ed alle peculiari disposizioni di legge conseguenziali, all'obbietto porga esplicita risposta l'alinea primo dell'articolo 56 cod. proc. civ., invocato pure dal ricorrente, il quale non alle sole citazioni si riferisce, ma ad ogni altro atto di procedura.

Che a deflettere da tali criteri non giovi riportarsi alla modificazione indotta nell'articolo 226 dalla legge 30 giugno 1876 per affermare che si sia derogata con esso al carattere religioso del giuramento dandogli forma moderna e civile, per cui avrebbe perduto della antica sua rigida inflessibilità ed abbandonato la pristina miticolosità della forma materiale delle parole.

Che, invero, basti richiamare il monito, che dev'essere fatto al giurante, del vincolo religioso che i credenti contraggono con esso innanzi a Dio, per esser certi che la modificazione indotta all'art. 226 dalla ricordata legge nulla abbia immutato dell'intrinseca natura del giuramento, il quale rimane sempre qual era dianzi « un atto solenne » che solo assume e può avere importanza, in quanto ha presupposto la credenza in un Essere superiore.

Che, invece, quello che della pristina forma di esso fu immutato, non sia già la sostanza ed il contenuto dell'atto, bensì la semplice invocazione, al solo scopo di apprestare una formola unica che potesse accomodarsi alle diverse credenze individuali, perchè fosse rispettata la libertà di coscienza e di culto in un atto che al culto si riferisce ed ha nel culto la sua base.

Che però, se fu modificata l'invocazione della formola del giuramento, niuna novità venne introdotta nella parte di essa che costituisce l'oggetto su cui debba essere prestato, la quale rimase e permane perfettamente identica. Ciò che vale appunto a significare che niun argomento possa ricavarsi dalla legge del giugno 1876, e che l'obbligo nel giurante, di leggere o ripetere le parole della formola in cui giura, sia rimasto immutato.

Che di conseguenza, avendo la sentenza denunciata diversamente ritenuto, la si debba cassare.

Per questi motivi, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

11 dicembre 1906 n. 738

Spaziani *Pres.* — Pomarici *Est.*

Carrega e Speranza (avv. *F. Pediconi* e *G. C. Bonfiglio*) contro Custo e Della Cella (avv. *E.Ferrini* e *P. Cigala*).

La captazione di un testamento non s'induce dalle semplici lusinghe od affettuosità, ma, a stabilirla, occorre dimostrare, con fatti gravi, precisi e concordanti, l'uso di mezzi illeciti, cioè tali da trarre in inganno coartando la libera volontà, deviandola e producendo un vero e proprio disturbo delle facoltà mentali (1).

Ove dallo stesso testamento possa indursi che il testatore lo scrisse nella pienezza della sua intelligenza e coscienza, devesi senz'altro respingere la prova testimoniale diretta a dimostrare lo stato d'infermità del testatore per captazione o suggestione (2).

Allo stato della vigente legislazione in Italia, le associazioni religiose, le quali importino vita comune ed abbiano carattere ecclesiastico, benchè non siano più riconosciute, non possono dirsi e ritenersi vietate (3).

Esse, a guisa di ogni altra società civile lecita, che non abbia, a norma di legge, giuridica personalità, esistono soltanto di fatto, e, quindi, non acquistano e non possiedono come Enti collettivi; invece acquistano e possiedono tutti i singoli associati in comunione tra loro ().

Laonde è affatto frustraneo provare che un testatore abbia col suo testamento (per le interposte persone di uno o più consociati istituiti eredi o legatari) voluto contemplare un'associazione religiosa non riconosciuta e non riconoscibile nello Stato: dappoichè nella inesistenza giuridica dell'Ente collettivo, che non è perciò nè capace nè incapace di succedere, appunto perchè non esiste, s'intende che l'eredità o il legato sono disposti a favore di tutti i consociati, senza che con ciò possa ristabilirsi la così detta manomorta dei beni soppressa dalla legge (5).

Non si può provare con testimoni l'ecclesiasticità e la vita comune di una congregazione di religiosi, ma occorre all'uopo addurre il titolo di fondazione ossia il documento comprovante la erezione canonica (6).

La Corte, ecc. — L'ordine di discussione richiede che venga in primo luogo disaminata e decisa la tesi della captazione del testamento di cui si tratta.

All'obbietto vuolsi premettere, che gli atti di ultima volontà, affinchè producano i loro giuridici effetti, debbono rivelare la seria intenzione di voler disporre, per il tempo in cui taluno avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse, in favore di una o di più persone.

E tutte le disposizioni di legge relative ai testamenti sono appunto dirette al fine che si abbia per esse la manifestazione della vera volontà del testatore, desumendosi ciò chiaramente dagli art. 777 e seguenti cod. civ., che riflettono il testamento pubblico, perocchè

(1-2) In materia di captazione raccomandiamo agli studiosi la lettura della elaborata decisione 22 febbraio 1906 dell'A. Roma, est. SPAZIANI, in *Giur. ital.*, 1906, 1, 2, 806. Essa nei principi giuridici concorda sostanzialmente con questa che ora noi pubblichiamo dolenti che la prima ci sia rimasta inavvertita.

(3-6) Controversia indaginosa quant'altra mai. I richiami giurisprudenziali fatti dall'esimio estensore della decisione posson bastare a dar lume a coloro che volessero approfondire di più l'argomento.

Noi ci limitiamo a ricordare, in senso recisamente contrario alla tesi svolta dal cons. POMARICI, due decisioni 20 luglio e 14 dicembre 1906 dell'A. Palermo: la prima di esse trovasi inserita nel *Circol. giur.*, anno 1906, pag. 406, e la seconda nel *Foro siciliano*, 1906, pag. 581.. Entrambe sono abbastanza notevoli.

In senso, poi, del tutto adesivo alla tesi suddetta merita di venir segnalato lo studio dell'avv. A. FONTANA, *Disposizioni a favore di comunità religiose soppresse fatte per interposta persona*. Modena, tip. Rossi, 1906.

Il FONTANA è fautore della teorica che ha ricevuto già applicazione in materia di divorzio (per quanto l'illustre prof. GABBA oggi abbia in animo di fugare le illusioni dei divorzisti — vedi *Foro ital.*, 1906, 1, 1517), la teorica, cioè, che debbono ritenersi nulli solo gli atti fraudolenti compiuti con violazione della legge, e non già quelli che raggiungono lo scopo vietato senza violar la legge ed anzi facendo una corretta applicazione della legge stessa.

Il FONTANA, pertanto, rileva in ordine alla capacità di ricevere delle comunità religiose e in

le prescritte formalità rivelano con quanta ponderazione e serietà il testatore debba manifestare la propria volontà innanzi al notaio ed ai testimoni.

La stessa serietà e ponderazione, senza dubbio, deve anche concorrere pel testamento olografo, benchè la legge richieda solo che debba essere scritto per intero, datato, sottoscritto di mano del testatore (art. 775 detto Codice). — Nel caso in esame, tenendo presente il testamento lasciato dalla Signora Gattorno, non si può menomamente disconoscere la serietà della sua intenzione, stante che, fa apertamente intravedere che essa, per evitare ogni possibile pretesa dei suoi eredi legittimi sulle ingenti sostanze (come si dice) pervenutele dalla largizione di coloro che vollero beneficare l'Istituto delle Figlie di S. Anna, scrisse quel suo testamento dichiarando che quanto le era pervenuto, e dalla famiglia Gattorno e dalla famiglia Custo, aveva tutto dato ai suoi due figli.

La signora Custo in Barbiellini per impugnare il testamento materno perchè captato, come essa assume, da parte delle eredi istituite, avrebbe innanzi tutto dovuto dimostrare quali e quanti fossero i beni ereditari della loro madre, escludendo però quelli pervenuti alla Congregazione delle Figlie di S. Anna per mezzo della fondatrice Gattorno, qualora l'impugnativa del testamento non tenda ad avere anche questi, come si è dichiarato. Ora, se tale riprovevole scopo non ha la signora Custo, cade ogni sospetto che l'opera insidiosa delle eredi istituite abbia potuto alienare lei ed il suo marito Barbiellini dall'animo della madre ed indurre questa a fare quel testamento, che le era invece imposto dalla propria coscienza, perchè non fossero frustrate le largizioni a lei fatte per incrementare l'Istituto da lei fondato.

Nell'altro giudizio promosso dalla medesima signora Custo contro la Carrega e la Tornatore per fare dichiarare la nullità degli istromenti di vendita del palazzo Dal Verme, nel quale giudizio questo Collegio pronunzia contemporaneamente altra sentenza, fu con la seconda comparsa di primo grado (pagina 5 a 7) presentato un calcolo del patrimonio, che avrebbe potuto lasciare la Gattorno nel giorno della sua morte, scrivendo però in parentesi « per quanto noi si sia nell'ignoranza dell'ammontare dei capitali relitti dalla Gattorno all'epoca della di lei morte ». Concedendo per semplice ipotesi che quel calcolo fosse esatto, mentre non è dimostrato che la Signora Gattorno non avesse spese durante la sua vita le somme a lei pervenute dal suocero e dal fratello, l'ammontare complessivo si farebbe ascendere alla somma di Lire 153 mila circa (comprendendovi però quella somma di Lire 38 mila che la signora Carlotta nega di aver ricevuto, quale somma non potrebbe entrare a formare la massa ereditaria, se non fu ricevuta dalla signora Carlotta, non dimostrando essa di averla effettivamente lasciata la defunta sua madre).

E poichè non si contesta che col prezzo ri-

---

ordine all'ammissibilità della prova dell'interposizione che l'art. 829 Cod. civ., secondo cui la prova dell'istituzione apparente è ammissibile solo quando intende provarsi che l'erede istituito è persona incapace, va riferita unicamente alle incapacità per le quali l'art. 773 sancisce la nullità relativa, donde la conseguenza che per le corporazioni, la cui incapacità non è in detto articolo contemplata, deve rientrarsi nella regola generale dell'art. 829, primo alinea, che vieta la prova della interposizione.

Il FONTANA dimostra che le congregazioni religiose, *esistenti di fatto*, sono lecite sotto ogni rapporto, e che i precedenti parlamentari provano a sazietà come alle medesime si diniegasse, con le leggi di soppressione, soltanto la personalità giuridica. Ricorda in proposito le dichiarazioni del ministro DE FALCO. Conclude, infine, che siffatte congregazioni hanno, sotto l'impero dell'attuale diritto, la mera figura di associazioni civili, associazioni alle cui contrattazioni debbonsi esclusivamente applicare le norme del Codice civile intorno al contratto di società. « Nessun dubbio — egli scrive — che le corporazioni religiose, come associazioni civili, possano acquistare, purchè s'intenda bene la figura giuridica di tali acquisti. L'acquisto per parte di una società civile non può certamente intendersi acquisto per parte della totalità dei soci, come formanti una unità, giacchè le società civili non hanno personalità distinta dalle persone dei soci; bensì come acquisto per parte di tutti i soci, ognuno per la parte sua di interessenza nella società, oppure in parti uguali secondo i casi ed i patti. Non si deve dunque parlare propriamente della capacità di acquisto di una società civile, ma della capacità di tutti i soci uniti insieme, ed in tale senso intesa siffatta capacità è indiscutibile e può applicarsi benissimo ai conventi ed ai monasteri ».

cavato dalla vendita della Villa di San Pier d'Arena fu pagata la dote di Lire 80 mila assegnata dalla madre alla figlia, ed il figlio premorto aveva certamente ricevuto la sua quota, ne segue la verità della dichiarazione, fatta dalla testatrice Gattorno nel preambolo del suo testamento, di aver dato cioè ai suoi figli tutto quanto le era pervenuto e dalla famiglia Gattorno e dalla famiglia Custo.

Cade quindi il sospetto della pretesa captazione, dappoichè il testamento non poteva essere consigliato per frodare i diritti degli eredi legittimi se poco o niente era rimasto alla Gattorno del suo patrimonio di famiglia. E tale sospetto rimane anche escluso dagli altri fatti specificati dalla medesima Custo nella comparsa conclusionale aggiunta presentata all'udienza in cui la causa è stata discussa, nonchè dalla dedotta donazione del palazzo Dal Verme obbietto dell'altro giudizio, conciossiachè, posto che la Gattorno volle donare sotto apparenza di vendita quel palazzo all'associazione da lei fondata, e volle far figurare le sue consorelle della detta Associazione nella donazione del Conte Francesco Caracciolo, nella costruzione in Piacenza del fabbricato ad uso noviziato e nella costruzione in Roma della Casa Generalizia di Via Merulana, come la Signora Custo domanda di provare, si ha la migliore dimostrazione che il testamento lasciato dalla Gattorno non fu conseguenza dell'opera insidiosa delle eredi istituite, ma fu spontaneo e libero, perchè ispirato dalla propria coscienza, di dare cioè (sia pure, come si assume, per le interposte persone delle associate Carrega e Speranza) all'Associazione tutto quello che era pervenuto alla medesima dalle elargizioni di benefattori.

Il Tribunale ha già osservato rettamente che per la captazione non bastino le semplici lusinghe od affettuosità, ed invece debbansi usare mezzi illeciti, tali da trarre in inganno coartando e deviando dalla libera volotà. Ora la Corte, pur prescindendo dal se debba concorrere l'opera insidiosa di un terzo, per aversi la nullità di un testamento a causa di suggestione, ritiene che questa anche debba essere tale da produrre un vero e proprio disturbo nelle facoltà mentali di un testatore, uno stato cioè di infermità che metta l'uomo in condizione di non aver sufficiente cognizione dei propri diritti e doveri, e di non comprendere l'importanza e le conseguenze delle sue disposizioni.

Epperò quante volte dallo stesso testamento (come nel caso in esame) risulti in modo certo e palese che il testatore lo scrisse nella pienezza della sua intelligenza, con la coscienza cioè della importanza materiale e legale dell'atto che compiva, e libero assolutamente nella sua volontà, in tal caso devesi respingere senz'altro la prova per testimoni diretta a stabilire che il testatore, quando testava, si trovava sotto l'incubo di atti esteriori, i quali per la loro forza ed influenza lo rendevano incapace di conoscere i veri rapporti delle cose e le conseguenze delle sue disposizioni, dappoichè simile prova è contraddetta dallo stesso atto che vuolsi annullare.

Il testamento di cui si tratta rivela in modo non dubbio, da escludere ogni prova contraria, che la Gattorno era nella pienezza della sua intelligenza, e libera nella sua volontà, ispirata unicamente, come si è detto, dal sacrosanto dovere della propria coscienza, affinchè i suoi eredi legittimi non potessero profittare delle largizioni fatte, per l'interposta persona di essa Gattorno, all'Associazione o Istituto da lei fondato.

Prescindendo pure dalle fatte osservazioni, la Corte ritiene, inoltre, che la prova testimoniale domandata dalla signora Custo ed ammessa dai primi giudici, sia irrilevante, da non poter fornire la dimostrazione della pretesa captazione del testamento. Invero i fatti specificati dall'istante, quando fossero provati, non potrebbero mai importare che la Gattorno non fosse stata libera nel fare il suo testamento.

Ammesso infatti, per semplici ipotesi, che la Carrega avesse mosso a sdegno l'animo della Gattorno verso il genero conte Barbiellini, (a parte la osservazione che quello sdegno doveva essere cessato perchè la Gattorno, riconosciuta la correttezza del genero stesso nell'affidargli amministrazione, non revocò la procura del 1896 come si proponeva di provare col capitolo *b*), non si potrebbe comprendere perchè la Gattorno avrebbe dovuto riversare le conseguenze del suo sdegno, per le credute colpe del genero, sulla propria figlia, mentre avrebbe potuto trasmettere a costei la sua eredità con tutte le possibili garanzie difensive, come ben osserva il patrocinio delle parti contrarie.

Il solo capitolo *c* sarebbe diretto a provare la captazione; ma è vago ed indeterminato, e quindi inammissibile, non essendosi affatto

specificato il modo delle coercizioni attribuite alla Carrega e Speranza ad indurre la Gattorno a fare il testamento di cui si tratta.

Gli altri capitoli *d* e *f* niente proverebbero in ordine alla captazione, riferendosi essi a fatti posteriori alla data del testmento, ed oltre a ciò sono pure vaghi ed indeterminati. Infine, non è superfluo osservare che la medesima signora Custo non ha attribuito seria importanza alla sua subordinata deduzione relativa alla captazione, non avendo nè con l'atto 1 giugno, con cui furono proposti nuovi capitoli di prova, nè con la comparsa aggiunta del 15 novembre, creduto opportuno di produrre altri capitoli per meglio specificare le male arti e l'opera insidiosa delle signore Carrega e Speranza per costringere e indurre la Gattorno a fare quel testamento.

Invano quindi il Patrocinio, riportandosi quanto alla prova della captazione, alla trattazione fattane in prime cure, pretende di aver denunciati fatti precisi, gravi, particolareggiati e probativi, e suffragati in precedenza da documenti significanti.

La Corte invece ripete: ammesso che la Carrega avesse tentato d'ispirare diffidenza e sdegno nell'animo della Gattorno contro il genero Barbiellini, fino ad indurla a revocare la procura del 1896 ed a fare la dichiarazione pubblicata del 18 aprile 1900 innanzi al notaio Monti, di avere lasciato ad un suo parente (senza nominarlo) dei pezzi di carta in bianco da lei firmata ad uso ricevuta, — ed ammesso ancora che le Signore Carrega, Speranza e Tornatore avessero deliberatamente tenute lontane le persone di famiglia dalla Gattorno durante l'ultima malattia nel novembre del 1899, precisamente nell'epoca in cui questa dettò il suo testamento, si potrebbe soltanto per induzioni ritenere che ciò avessero operato per evitare che i parenti fossero venuti a conoscenza del testamento ed avessero tentato di farlo revocare o modificare, ma non si potrebbe mai giungere alla dimostrazione che esse l'avessero captato ai danni degli eredi legittimi, quando invece collo stesso testamento si dichiarava che i figli della testatrice non rimanevano defraudati in quanto al patrimonio di famiglia, e la signora Custo non ha dimostrato il contrario.

Da ultimo, giova anche tener presente quanto è stato dichiarato nella ripetuta ultima comparsa della Custo (pag. 31 a pag. 33) e cioè « che non da cupidigia di avere quanto « la carità altrui ha relitto alla beneficenza « delle Figlie di S. Anna è stata mossa essa « signora Custo ad intentare le cause attuali; « è che questa causa intesa alla nullità del « testamento rivestiva per lei carattere di ne« cessità (a prescindere anco dall'effettivo pa« trimonio da sua madre relitto), perchè, se « non avesse svolta quest'azione di nullità te« stamentaria, affatto inconcludente sarebbe « risultata quella avverso gli atti Porta e Mon« ti (relativa alla vendita del Palazzo Dal Ver« me, per quanto i detti atti potessero essere « dichiarati nulli e di niuna efficacia per esse« re simulati, perchè l'Istituto avrebbe, cio no« nostante, sempre goduto delle liberalità che « quegli atti contengono, liberalità che avreb« bero formato oggetto, anzichè di vendita si« mulata, di successione testamentaria a fa« vore delle signore Carrega e Speranza ».

Siffatta dichiarazione rivela sempre più che solo per condotta di causa fu all'ultimo momento dedotta innanzi al tribunale la prova inconcludente della captazione del testamento, ma senza attribuirvi importanza, dappoichè, limitandosi l'azione alla rivendica del Palazzo Dal Verme, (non potendo fornire la prova di aver la Gattorno lasciato altri capitali propri, oltre quelli pervenutile dalle elargizioni altrui in favore delle Figlie di S. Anna), si manifesta che le eredi istituite col testamento non potevano avere interesse di esercitare la loro opera insidiosa per costringere la Gattorno a fare il testamento, conoscendo esse che questa aveva già venduto il palazzo Dal Verme, e niente altro possedeva del patrimonio particolare della sua famiglia, oltre ai pochi oggetti mobili di cui è cenno nel testamento, imperocchè i diritti, ragioni ed azioni trasmessi alle dette eredi non si possono riferire se non a quanto era stato dalla testatrice ricevuto per le ripetute elargizioni a favore della Congregazione da lei fondata.

Dunque, la tesi vera che la Signora Custo ha inteso di proporre è quella relativa alla nullità del testamento per avere la Gattorno voluto trasmettere la sua eredità, non alle Signore Carrega e Speranza nominate eredi, ma all'Istituto delle Figlie di S. Anna, che, come si assume, sarebbe incapace di succedere; mentre l'altra impugnativa per captazione del testamento è stata fatta per un di più, conoscendo però di non poterne fornire la prova, specialmente perchè mancava ogni interesse, nelle eredi istituite, a carpire il testamento.

Passando, quindi, alla disamina dell'altra

impugnativa, che forma, come si è detto, la vera materia della causa, la Corte non si dissimula la gravità della questione, molto dibattuta in dottrina e giurisprudenza, e sulla quale non ancora si è trovata una soluzione costante, che s'imponga alla coscienza di tutti, in modo che è dato per lo meno dubitare se, nel seguire l'una piuttosto che l'altra opinione, non si violi un principio di diritto o una massima di ragione. Però in tale stato di giurisprudenza questa Corte, vagliate le osservazioni ampiamente svolte dagli scrittori in subietta materia e dai pronunziati delle diverse autorità giudiziarie, abbraccia l'opinione contraria a quella adottata dai primi Giudici nella presente causa, ritenendo che siano più conformi a giustizia ed ai principî di diritto le ragioni che militano per la validità delle donazioni e dei testamenti a favore delle Associazioni religiose esistenti di fatto, giacchè, non avendo esse nè potendo avere esistenza giuridica ai sensi dell'art. 2 Codice Civile, non possono ricevere come persona collettiva, ma ricevono ed acquistano tutti gli associati.

Invero, non cade dubbio che un'associazione non riconosciuta legalmente non abbia capacità giuridica, come ente a sè stante, come soggetto di diritti distinto dalle persone dei soci che la compongono.

Però non è dato d'ignorare, d'altra parte, la esistenza di diverse associazioni di fatto, anche per fini non religiosi, che, pur non essendo persone giuridiche per finzione di legge, per non essere legalmente riconosciute, vivono non pertanto vita giuridica, ereditando, comprendo; acquistando per mezzo dei singoli associati.

In proposito è opportuno adottare le osservazioni di un chiarissimo Giurista: « La differenza fra associazioni erette ed associazioni non erette in corpo morale non solo non ha nulla a che vedere con la legittimità od illegittimità della associazione, ma anche con la possibilità od impossibilità di acquistare e possedere.

« Possono acquistare e possedere così le une come le altre; ma il divario, quantunque sostanziale e produttivo di gravi conseguenze, sta solamente nel modo.

« L'associazione eretta in corpo morale ha unità giuridica patrimoniale separata dalla proprietà di ogni singolo associato...

« Mancando, invece, l'erezione in corpo morale, non esiste il patrimonio dell'ente, ma havvi un condominio, per cui il patrimonio riposa *pro indiviso* sul capo dei singoli associati ».

In questa seconda ipotesi (ripete in altri termini la Corte) manca la personalità giuridica dell'associazione come ente a sè stante, distinto dalle persone dei soci che la compongono, ma non perciò rimane impedito ai singoli associati di acquistare e possedere nell'interesse comune di tutti.

Pertanto un'associazione non riconosciuta legalmente non può acquistare come persona collettiva, ma gli acquisti possono essere fatti da ciascuno degli associati, e quindi l'*arca comunis* s'impingua mediatamente, col mezzo cioè delle accresciute quote dei singoli, a cui *pro rata* si devolve l'acquisto.

Onde segue che, se un testatore avesse inteso di disporre a favore di un'associazione esistente soltanto di fatto, la disposizione devesi intendere in favore degli associati agli effetti della sua validità.

Ma nel caso in esame la testatrice Gattorno dispose proprio a favore dei singoli, cioè delle Signore Carrega e Speranza, e non si intende perchè quella disposizione dovrebbe essere nulla, ammessa pure la istituzione fiduciaria.

Per la disposizione contenuta nell'articolo 829 Codice Civile, la fiducia è permessa quando non sia diretta a coprire una frode alla legge, quando cioè il testatore ricorra alla fiducia colla intenzione di fare indirettamente ciò che direttamente gli era vietato.

Ad evitare tali possibili frodi provvede il capoverso dello articolo stesso, facultando chi vi abbia diritto a smascherare l'erede fiduciario, col provare che questo non è che persona interposta, chiamata dal testatore perchè segretamente consegni ad un incapace ciò che palesemente non gli si sarebbe potuto dare.

Eccettuato il caso di frode alla legge, la prova della fiducia è vietata; imperocchè il nostro Legislatore si è proposto di raggiungere un triplice scopo:

1. rispettare i voleri del morente, il quale siasi affidato alla fiducia di una persona, ritenuta da lui incapace di violare gli obblighi impostile;

2. impedire che il testatore si servisse della fiducia, come di un mezzo per trasgredire le disposizioni proibitive di legge, propria-

mente quelle riguardanti la incapacità di succedere;

3. allontanare le controversie, che sorgevano nella antica giurisprudenza, fra la persona che dicevasi contemplata dal testatore e colui che era indicato nel testamento come erede fiduciario.

Bene quindi osservano le appellanti Carrega e Speranza che, se anche intenzione della testatrice signora Gattorno fosse stata quella che le sue eredi avessero avuto a far godere della sua eredità l'associazione da essa promossa e diretta per tanti anni, ciò non avrebbe costituito nulla di illecito o di vietato dalla legge, non essendo vietato che alcuno abbia a far godere altri dei beni che egli possiede.

E di vero, ammettendo nel caso presente la istituzione fiduciaria, la medesima non potrebbe essere intesa nel senso che di nulla potessero profittare le eredi istituite, dappoichè esse fanno parte dell'Associazione delle Figlie di Sant'Anna, e se l'eredità, come si assume, fu dalla testatrice devoluta alla detta associazione, vale a dire a tutti gli associati, per le interposte persone di due associate, ne seguirebbe sempre che queste pure ne dovrebbero profittare; e in conseguenza le medesime non sarebbero eredi soltanto apparenti, pel di cui mezzo siasi voluto frodar la legge, onde fare pervenire l'eredità ad un incapace.

Questa Corte ebbe già, fin dal 21 marzo 1891 in causa Buccelli, Carones e Ferroni, a pronunziare sulla quistione, e ritenne che, ammesso pur anco una supposta associazione di fatto di religiosi, tacitamente formata per volontà ed opera di privati, la quale non ristabilisce per nulla la manomorta, non costituirebbe mai una persona giuridica, e perciò non potrebbe dirsi nè capace, nè incapace per gli effetti dell'art. 829 Codice Civile; quindi non sarebbe ammessibile una prova testimoniale diretta a dimostrare che con l'istituzione in erede di due religiosi consociati siasi voluto favorire col loro mezzo una persona morale incapace di ricevere per testamento.

Siffatta sentenza, come ha ricordato il patrocinio delle appellanti, fu mantenuta ferma dal Supremo Collegio che con pronunziato 25 aprile 1892 confutò esaurientemente con maggiore dottrina ed autorità tutte le contrarie obbiezioni.

Laonde, ora, questo Collegio, non trovando ragioni per mutare la sua opinione, la mantiene ferma, riportandosi interamente alle chiarissime osservazioni, fatte dal Supremo Collegio, che per debito di motivazione della presente sentenza ripete.

La Legge 7 luglio 1866, e le posteriori di soppressione delle Corporazioni religiose e di enti ecclesiastici secolari, hanno soltanto negata la personalità giuridica alle corporazioni religiose, le quali importino vita comune ed abbiano carattere ecclesiastico; ma non hanno vietato le loro libere associazioni, come è permesso ad ogni altra classe di cittadini di associarsi per fini che non siano contrari all'ordine pubblico ed al buon costume. Onde le associazioni di religiosi, nelle quali non si riscontrassero i precennati caratteri di ecclesiasticità e di vita comune, possono pure conseguire la personalità giuridica a termini dell'art. 2 Codice Civile, mentre quelle aventi tali caratteri non possono mai conseguirla, ma possono non pertanto vivere sotto le regole della comunione dettate dagli articoli 673 e seguenti detto codice, non avendo tali associazioni fini contrari all'ordine pubblico ed al buon costume.

Ad impedire che i beni si perpetuino nelle libere associazioni religiose, succedute agli antichi enti morali, solo mezzo possibile in Italia sarebbe lo emanare nuova ed apposita legge relativa, a similitudine di quelle che in Francia si fecero e si stanno facendo, come avvertiva il Supremo Collegio.

Nè si obbietti che, dovendo un membro di un'associazione religiosa volgere a profitto da tutti i consociati i beni a lui pervenuti per donazione e per testamento, e dovendosi ciò fare successivamente da tutti i membri, dacchè il loro patrimonio è, per impegni morali e per la loro regola di comunità, vincolato a servizio perpetuo ed immutabile della stessa associazione o corporazione, si venga nel fatto a frodar la legge, ricostituendosi in tal modo la manomorta.

Se questo fatto deriva, come ha osservato la stessa Corte Suprema, dall'esercizio di due diritti essenziali dei cittadini, il possedere e l'associarsi, non lo si potrà rimuovere se non negando tali diritti, cioè correggendo la legge.

Adunque, poichè la personalità giuridica dell'associazione non esiste, e, per conseguire il fine precennato della conservazione perpetua del patrimonio comune, occorre una serie continua di liberi e volontari trasferimenti di proprietà dal singolo ai singoli associati, ne deriva evidente che la manomorta non possa più verificarsi, dappoichè una parte di quei beni va devoluta dall'Erario dello Stato per

tasse di successione. Non è invero da confondersi l'associazione libera con l'ente morale (che non esiste), il godimento dei beni in comune con la manomorta, l'inalterabilità con la non alienazione volontaria impostasi moralmente e non giuridicamente dai consociati, i quali, sempre che volessero contravvenire ai vincoli morali, troverebbero in loro favore l'art. 681 Codice Civile che dispone: « nessuno può essere costretto a rimanere in comunione, ecc., ecc. ».

Inoltre, se il donante o il testatore avrebbe potuto direttamente contemplare tutti i partecipanti di un'associazione religiosa, non designandola come convento o monastero, (vale a dire come ente a sè stante, che non esiste, nè può esistere, quando avesse i caratteri di vita comune o di ecclesiasticità), perchè non potrebbe egli beneficare tutte quelle persone consociate, contemplando invece un singolo o singoli individui, conoscitori o ministri del suo vero intendimento, a vantaggio di tutti gli altri? In conseguenza, non si comprende a che possa servire la prova che una donazione o un lascito fatto a un frate o ad una monaca sia in realtà destinato a vantaggio di tutti i confratelli o di tutte le consorelle loro. Ma si obbietta dai fautori della contraria opinione che l'adottata forma della istituzione fiduciaria rende possibili ulteriori accordi fra i religiosi direttamente contemplati e la totalità dei loro confratelli, onde assicurare la conservazione dei beni, e la ulteriore loro trasmissione dai futuri membri ascritti alla religiosa società.

Siffatta obbiezione non regge, perchè la supposta possibilità non sarebbe contraria alla legge, una volta che non si potrebbe ricostituire la manomorta, dacchè il passaggio dei beni deve avvenire per successive disposizioni testamentarie o donazioni.

E di vero, se ogni singolo religioso associato potrebbe mettere spontaneamente i propri beni in comunione con tutti gli altri associati, perchè non dovrebbero essi poter anche ricevere beni da una terza persona per dare loro la medesima destinazione?

Coloro i quali vogliono donare a congregazioni religiose o contemplarle nel testamento non avrebbero davvero, allo stato della legislazione presente, bisogno di ricorrere a persone interposte, invece di contemplare direttamente tutti quanti i componenti attuali di dette congregazioni, non come ente morale, nè come giuridica unità, ma come totalità di soci, totalità di componenti una civile società.

Pertanto questo Collegio non può non repudiare la contraria opinione adottata specialmente dalle Corti di Cassazione di Torino e di Firenze, e dalle Corti di Appello di Perugia e di Venezia, nei pronunziati dei 19 luglio 1900, 2 marzo 1903, 14 settembre 1903 e 14 febbraio 1906, invocati dal Patrocinio della Signora Custo e che sono riportati nella raccolta del *Foro italiano*.

E vuolsi ancora osservare che, se i propugnatori della contraria opinione riconoscono che le leggi eversive dell'asse ecclesiastico del 1866 e le seguenti non hanno soppresso la libertà di associazione a scopo religioso, ma solo hanno tolto loro la personalità giuridica, senza una nuova legge proibitiva simili sodalizi esistono di fatto in Italia, non aventi però personalità giuridica e quindi capacità di diritti civili collettiva.

In altri termini, se le precennate leggi di soppressione mirarono per altri fini sociali e politici soltanto all'abolizione del carattere di enti morali, che i conventi o monasteri avevano, ed alla conseguente liquidazione dei loro beni per restituirli al commercio, e non pure alla proibizione di quelle stesse congregazioni col solo carattere di civile società in avvenire, ne deriva logicamente che non si possa trarre la conseguenza della invalidità della istituzione in eredi di tali associazioni di fatto, per mancanza della loro entità giuridica, dappoichè appunto perchè manca la giuridica personalità collettiva devesi intendere la instituzione in erede di tutti e singoli associati e non occorrerebbe perciò neppure ricorrere alla interposizione di persona, come già si è detto.

Ne segue altresì che non vi possa essere frode alla legge, facendo ciò che essa espressamente non proibisce, perchè, pur potendosi verificare la perpetua destinazione di beni agli scopi di simili associazioni religiose, mediante una serie continua e progressiva di istituzioni fiduciarie, questo puossi ottenere mediante patti segreti fra gli associati, e, oltre alla diminuzione parziale progressiva dei beni stessi per effetto delle tasse di successione dovute all'Erario dello Stato, bene può accadere che si contravvenga a quei patti, come alcune volte è accaduto cioè che i beni lasciati a religiosi colla mira o dimostra-

ta o fondamento presumibile, che avessero a perpetuarsi in un'associazione religiosa, sono stati ritenuti in proprietà per tutt'altri scopi, sia dallo stesso donatario, erede o legatario, sia da altri religiosi, ai quali erano più o meno lontanamente pervenuti.

Adunque, se allo stato della presente legislazione non è proibito ai religiosi di associarsi (pur non potendo conseguire la personalità giuridica, quando vi si riscontrassero i caratteri di vita comune o di ecclesiasticità) e di mettere in comune beni proprî o beni a ciascuno pervenuti per donazione o per successione, rendesi manifesto che l'art. 28 della legge 19 giugno 1873, non possa riferirsi alle nuove associazioni di fatto non aventi personalità giuridica, e che il detto articolo non sia che il complemento dell'articolo precedente 27, che riflette gli enti conservati, come si desume dalla discussione innanzi al corpo legislativo intorno a questi articoli.

Nè si osservi in contrario che, se si fosse inteso con l'art. 28 di riferirsi soltanto agli enti di cui nel precedente art. 27, si sarebbe detto più naturalmente « in frode delle incapacità stabilite nel precedente articolo ».

A ciò si potrebbe rispondere che, se il legislatore avesse voluto riferirsi anche alle future associazioni che si fossero potute ricostituire soltanto di fatto, le avrebbe vietate. E non vi sarebbe ora la tanto dibattuta quistione.

E' vano, quindi, argomentare dal modo come la disposizione sia formulata, quando l'articolo 3.o delle disposizioni preliminari del Codice Civile dà le norme per l'applicazione ed interpretazione della legge.

Altre osservazioni, come quelle accuratamente ed ampiamente svolte dal Patrocinio delle appellanti, stanno a sorreggere la manifestata opinione, ma il Collegio crede di potersi dispensare dal riassumerle, dappoichè quanto si è detto rende frustranea la prova testimoniale ammessa. Senonchè non vuolsi omettere di riconoscere che la novità escogitata dai primi Giudici, e ripetuta dal Patrocinio della Custo, dicendo: « l'erede è, invece, « lo scopo, il fine per cui i beni sono destinati, « quello cioè di beneficare l'Istituto monacale; non la persona chiamata col nome di « erede, ma uno scopo determinato aveva la « Gattorno nella mente, mentre dettava il suo « testamento », rivela nient'altro che un sofisma, sottilizzando fino al punto di far l'ipotesi che il lascito vada destinato, non alle persone, ma al fine che le unisce, mentre non può esservi eredità all'infuori delle persone vere o *fictae*, ed il promuovere un fine, sia pure unicamente religioso, e non di beneficenza, coi mezzi trasmessi dal testatore ad una persona non è vietato dalla legge.

Laonde, devesi accogliere l'appello principale e respingere l'altro incidentale.

Ed ora il Collegio, volendo solo *ad abundantiam* esaurire tutta la discussione della causa, benchè ciò non fosse necessario, osserva che rettamente i primi Giudici abbiano ritenuto di non essere (dai documenti prodotti e dagli argomenti fatti intorno ai medesimi) provata nè la interposizione di persone, nè la natura vera dell'Istituto delle Figlie di Sant'Anna, a cui favore, secondo l'assunto della signora Custo, dovrebbesi devolvere l'eredità della defunta signora Gattorno.

Non occorre soffermarsi sulla locuzione del testamento, dove è detto: « con il nobile titolo di istituzione », nè sulla locuzione della contro dichiarazione all'atto di vendita del Palazzo Dal Verme, dove è detto: « dovendo il tutto giovare da un lato e gravare dall'altro sull'Istituto » onde desumere che la donazione palliata sotto l'apparenza di vendita, e la disposizione testamentaria si dovessero ritenere fatte a favore dello Istituto, imperocchè il Collegio, senza ripetere le osservazioni fatte dal Tribunale, le giudica esatte e le fa proprie, ritenendo cioè che le due frasi offrano sì degli indizi, ma non così pieni, sicuri e concludenti, quali si richiedono *ad destruendum testamentum*.

In ogni modo pur concedendo, che dallo insieme di tutti i fatti e circostanze denunciate dalla signora Custo, si possa ritenere la interposizione delle persone e quindi che il testamento della Gattorno sia a favore dello Istituto, bene ancora il Tribunale ha osservato che occorra dimostrare il concorso delle due condizioni richieste dall'articolo 1. della legge 7 luglio 1866: però il Tribunale medesimo non ha posto attenzione che nelle deduzioni testimoniali della signora Custo non esista alcun cenno riflettente la natura dell'Istituto e d'altra parte che non si possa per mezzo di testimoni provare l'ecclesiasticità e la vita comune di una congregazione di religiosi.

Invero, bene osservano le appellanti, che nelle conclusioni della Custo non si trovi una sola deduzione *ad hoc* e solo nei capitoli di-

retti a dimostrare la interposizione di persone si definiscono le Figlie di Sant'Anna come famiglia religiosa, ordine religioso, istituto religioso, ma la religiosità e l'ascetismo non basta, richiedendosi invece il carattere ecclesiastico e la regola della vita comune.

All'obbietto va rammentato che sono ormai postulati costanti di dottrina e giurisprudenza, che a costituire l'Ente ecclesiastico, e con ciò il patrimonio ecclesiastico, non basti la sola bolla Vescovile o Pontificia, che autorizza la fondazione dell'Ente, ma occorra la erezione in titolo mediante la quale i beni diventano sacri e spirituali; e quindi che non si abbia carattere ecclesiastico, che importi vita comune, se non quando si trovi nel titolo di fondazione la erezione canonica derivante dall'autorità del Pontefice.

Quindi per riconoscere se l'Istituto di cui si tratta sia o no colpito dalla soppressione ordinata dalla ripetuta legge 7 luglio 1866, devesi determinare la natura del medesimo, prendendo principalmente per guida l'atto di fondazione o di costituzione, che la signora Custo ha presentato in appello.

E manca il carattere ecclesiastico nella Congregazione delle Figlie di Sant'Anna, la quale non ha se non uno scopo caritativo e di beneficenza, come attendere all'istruzione ed educazione di fanciulle povere, assistere gl'infermi e prestare la loro opera negli ospedali. Le pratiche religiose devono perciò considerarsi come ornamento accessorio, o come mezzo per meglio raggiungere lo scopo di carità.

E' d'altronde risaputo, che la vita comune nel senso della legge di soppressione, non consista nella semplice comunione di tetto, vitto ed interessi ,ma si richieda per esso che i consociati debbano coattivamente vivere in comune, nulla in proprio avere o ritenere, che il patrimonio spetti esclusivamente all' Ente morale, e che la personalità giuridica individuale scompaia per essere assorbita o rappresentata dall'Ente stesso.

Manca perciò tale carattere se gli associati, come nella specie, possono volontariamente uscire dalla comunione, ritornando in possesso di quanto ciascuno abbia portato alla Congregazione.

Di certo, accordi e patti di convivenza vi devono essere, ma se sono soggetti a poter essere disciolti, come i patti di qualunque società civile, in tal caso la legge non sottopone simili Congregazioni a soppressioni.

La regola, così insegnava il Supremo Collegio di Roma, comune sì agli ordini, sì alle Corporazioni e Congregazioni religiose, consiste, come è noto, nella emissione dei tre voti solenni ed assoluti di castità, di obbedienza e di povertà, oltre la speciale che diversifica una Corporazione o Congregazione religiosa dall'altra.

Ora dall'estratto per notar Tranquillino, delle costituzioni dell'Istituto delle Figlie di Sant'Anna, si desume che queste non professano voti solenni, per i quali si dovrebbero dire morte al secolo, quasi non appartenessero più alla vita presente e terrena, ma avessero già cominciato a vivere per l'evo futuro o supramondano perdendo, non solo ogni diritto di proprietà di cittadinanza e di famiglia, ma perfino l'uso delle ingenite prerogative della libertà e della volontà.

Professano invece voti semplici sempre revocabili, conservando il dominio così detto radicale dei propri beni e cedendone solo l'amministrazione, l'uso e l'usufrutto all'Istituto, quale cessione però è sempre ed ogni tempo revocabile.

Pertanto non si tratta nel caso in esame di una corporazione soppressa e non riconoscibile nello Stato: in conseguenza pure ammettendo la contraria opinione che ritiene applicabili le disposizioni dell'articolo 829 capoverso Codice Civile e dell'articolo 28 della Legge 19 Giugno 1873 alle Corporazioni religiose non riconoscibili nello Stato a termini dell'articolo 1. della legge 7 luglio 1866, la stessa applicabilità neanche potrebbe aver luogo nella specie attuale, perchè non riscontrandosi i caratteri di ecclesiasticità e di vita comune in senso canonico, l'Istituto delle Figlie di Sant'Anna sarebbe riconoscibile, e sarebbe quindi valida la disposizione testamentaria della signora Gattorno, qualora fosse fatta a favore del detto Istituto per le interposte persone delle eredi nominate, come sostiene la signora Custo.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

15 dicembre 1906, n. 763.

Cardona *Pres.* — Capriolo *Est.*

Comune di Castelnuovo di Porto (avv. *T. Vecchiarelli*), Boncompagni-Ludovisi (avv. *C. Patriarca*) ed altri contro Università dei boattieri di Castelnuovo di Porto (avv. *A. Di Pietro*) ed altri.

Per ultimo possesso di fatto, secondo la legge 24 giugno 1888 abolitrice delle servitù civiche nelle provincie ex-pontificie, non deve intendersi soltanto quello in atto al momento della pubblicazione della legge, ma anche quello anteriore e non esercitato temporaneamente per prepotenza od abuso, senza però risalire ad oltre un secolo addietro (1).

In materia di usi civici, il principio « ubi feuda ibi demania » *è applicabile anche alle provincie ex-pontificie* (2).

Tuttavia la sola presunzione, nascente dall'indole feudale di un territorio, non basta per comprovare lo specifico esercizio di una determinata servitù, per quanto di prima necessità, come quella di seminare, ma occorrono anche documenti storici per mezzo dei quali siffatto esercizio rimanga accertato e chiarito (3).

La Corte ecc. — Osserva che la legge del 24 giugno 1888, nel prescrivere cogli articoli 1, 2 e 6 che le servitù di pascolo, di semina, di legnatico ecc., che si esercitano in alcuni Comuni delle Provincie ex-pontificie, sono abolite nella estensione e misura dell'ultimo possesso di fatto, e che il valore del canone da corrispondersi alla Comunità, in corrispettivo della privazione di quel naturale godimento, debba valutarsi sulla media dell'ultimo decennio, ha inteso d'imporre, come condizione indispensabile dell'affrancazione, la prova di uno stato di fatto che, mentre rassicuri del positivo esercizio di quel diritto, somministri i criteri per la determinazione delle dovute indennità.

Senonchè per i postulati della dottrina e per i sapienti e ripetuti insegnamenti della Corte regolatrice, per ultimo possesso di fatto non deve intendersi soltanto quello *in atto* al momento della pubblicazione della legge, ma anche quello anteriore alla interruzione e sospensione dell'esercizio di quel diritto, che determinata da abuso o prepotenza feudale non può renderlo passibile di decadenza e tanto meno produrre la conseguenza di negare poi l'equo compenso per l'abolizione di un diritto, sol perchè questo non si sia temporaneamente esercitato.

D'altra parte, non si può disconoscere che quel possesso costituisce titolo per pretendere l'indennità e base per determinarla; di maniera che tale determinazione diverrebbe impossibile se si dovessero di quel possesso ricercare all'infinito le origini che si perdono nella notte dei tempi. Segna, invece, un limite a questa ricerca l'abbandono dell'esercizio di quel diritto per oltre un secolo da che la feudalità fu abolita dovendosi in tale caso ritenere che, cessato quel bisogno per la vita della popolazione, tanto che questa non credette di ripristinarlo in si lunga serie di anni, la proprietà fondiaria divenne fin d'allora libera di quelle gravezze e servitù, che ora la legge, intesa a farle sparire, non può far risorgere, e tanto meno consentire che si conseguano indennità per un godimento che non si aveva.

Osserva che a questi principii gli attuali contendenti hanno coordinato, mediante gli appelli principali ed incidentali, le rispettive tesi, dirette ad impugnare dal punto di vista della propria difesa la decisione della Giunta degli Arbitri.

Difatti, il Comune, valendosi, oltre che della presunzione nascente dal regime feudale, di una serie di documenti, sostiene che la popolazione di Castelnuovo, sia prima che dopo la cessazione del feudo, dedicata alla pastorizia, aveva costantemente e senza contrasto fino al-

---

(1-3) La locale Corte di appello si uniforma completamente, con questa chiara decisione, ai principii adottati dalla superiore Corte di cassazione, come è agevole rilevare, ad esempio, dal confronto con la decisione 19 dicembre 1905, est. NIUTTA, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 101, con larghi richiami nelle note.

E' risaputo che attualmente una speciale Commissione studia le riforme da introdursi nella materia degli usi civici.

Un sunto delle idee che predominano nel seno di cotesta Commissione può leggersi in *Rivista univ. di giur. e dottr.* (anno corr., 4, col. 5) che riproduce lo scritto di G. CARRETTO, dal titolo: *Circa i proposti provvedimenti sulla affrancazione dei terreni dagli usi civici e sull'esercizio di questi.*

l'affrancazione della servitù di pascolo esercitato il diritto di semina per procacciarsi il necessario alimento, pur rispondendo ai possessori delle terre la quinta parte del prodotto.

Costoro, invece, affermano che da epoca immemorabile la parte industriale del territorio, cioè la semina a guisa di colonia perpetua, si individualizzò nei particolari per modo che col tempo ne divennero proprietari, mentre la parte naturale soltanto, cioè il prodotto delle erbe, rimase o al barone o alla comunità, servendo di uso collettivo per i bisogni della pastorizia. Energicamente impugnano, quindi, la esistenza della pretesa servitù e, invocando in via pregiudiziale la cosa giudicata, il non uso ultra secolare, e l'applicazione delle norme di diritto comune, per la mancanza della presunzione nascente dalla feudalità, deducono che, se pure quel diritto potè sorgere, si esercitò saltuariamente in epoche molto remote e certo anteriori ad un atto di concordia del 1724, nel quale furono specificati tutti gli usi civici esistenti, escludendosi la servitù di semina, che d'allora certamente e manifestamente non fu mai esercitata.

Osserva che, per quest'ultima parte, l'assunto degli appellanti non è affatto destituito di fondamento.

Di vero, senza indugiarsi sulle incerte e difficili indagini che si connettono all'origine e all'evoluzione feudale in Castelnuovo, prima del feudo, il certo è, e dalle parti non si contesta, che essa cessò di essere tale nel 1581, quando per l'estinzione del ramo maschile della famiglia Sciarra-Colonna passò in dominio della Reverenda Camera Apostolica.

E ciò basta per ammettere la presunzione nascente dalla feudalità, sia per il principio *ubi feuda, ibi demania*, sia perchè, nella specie, è provato che, cessato il regime feudale, non ne mutarono le norme, restando in vigore lo statuto baronale del 1567, che con i capitoli del 1618 fu in parte riveduto e in parte modificato.

Non vale di opporre che trattavasi di feudo improprio, in quanto il terreno proprio del barone era di un limitato numero di rubbia e il suo dominio non si estendeva ai frutti industriali. Imperocchè, di fronte alla presunzione, non monta se il feudo fosse *quoad dominium* o *quoad jurisdictionem*, come in Italia i feudi erano concessi, in quanto, non essendo il feudatario che un utilista, il godimento del territorio infeudato non era così sconfinato, da non consentire alla popolazione il diritto, del quale non potevano spogliarsi, di trarre cioè dal territorio i mezzi di sussistenza.

Del pari non sarebbe incompatibile colla servitù di semina, qualora fosse esistita, la proprietà nei particolari dei frutti industriali, in quanto che questo diritto potrebbe spiegarsi limitatamente alla percezione della corrisposta in luogo e vece del barone, come il Comune sostiene.

Senonchè, per quanto il diritto di semina sia fondato sul diritto alla vita, intendendo, al pari degli altri usi civici, alla soddisfazione dei bisogni di prima necessità, e per quanto esso sia da considerarsi implicito e presunto nell'indole stessa della terra, per modo da dispensare dalla produzione del titolo che lo costituisce, per altrettanto non può negarsi che la sola presunzione nascente dall'indole feudale del territorio non è sufficiente per comprovarne lo specifico esercizio, potendo fra le varie specie di usi civici alcuni esistere ed altri no.

Ciò riconosce lo stesso Comune che, prescindendo dalla presunzione, ha esibito una serie di documenti, dei quali giova riassumere i più salienti per dedurne innanzitutto:

che per chirografi di Papa Clemente VIII per 1592 e del 1600 fu riconosciuta nella Comunità prima la facoltà di affidare e vendere le erbe per sopperire ai debiti dai quali era oberata, e poi la proprietà dei pascoli coll'onere del pagamento di un annuo canone a favore della Camera Apostolica.

che nel 1. novembre del detto anno 1592, su ricorso dei padroni del bestiame, ad evitare che questo danneggiasse i terreni seminati, fu ripartito il territorio in quattro parti denominate Valle Longa, Cellano, Monte Rose, Caparte e Cortecina;

che nel 1618, in correlazione al citato statuto baronale del 1564, fra l'altro si disponeva: « che a nessuna persona di Castelnuovo, che ha bovi nel territorio, sia lecito far messe fuori del territorio, se prima non sarà distribuito tutto il quarto del territorio, sotto pena di uno scudo per bove, e distribuito che sara detto quarto, sia lecito ad ognuno andare e tornare liberamente senza incorso di pena alcuna, e li pezi che resteranno si assegneranno alli lavoratori dalli Priori e rispondino della quinta conforme il solito e non altrimenti »;

che, con decreto del 16 giugno 1651, il Cardi-

nale Sacchetti poneva le spese per l'estirpazione delle locuste per una metà a carico di coloro che avevano il diritto del pascolo e per l'altra metà a carico di coloro che godevano del diritto di semina;

che da un'attestazione giurata del 1700 risulta che: « quando li padroni delli terreni non trovassero a dispensare le loro terre delli quarti, che si lavorano ogni anno, o quando essi padroni le assegnano alla Comunità per farle lavorare, la Comunità è tenuta a farle lavorare e quando non le facesse lavorare la Comunità medesima è obbligata a pagare la corrisposta di dette terre ».

Ora è facile rilevare come nessuno di siffatti documenti valga per dimostrare la natura e l'estensione del preteso dritto di semina.

Nulla, infatti, in questo senso si desume dai chirografi del Pontefice: anzi, non essendosi nella cessione menzionato il diritto di semina o la percezione della corrisposta, è a presumersi che il primo non esisteva come uso civico e fu rispettato nei particolari che lo esercitavano liberamente.

La divisione del territorio in quarti non prova che essa fu fatta esclusivamente per riconoscere e regolare la servitù di semina per modo che, alternandosi attraverso i secoli l'uno o l'altro diritto, continuarono i cittadini a seminare col sistemato turno di quarteria col solo obbligo della corrisposta della quinta parte del prodotto. Essa, invece, può anche ben spiegarsi coll'intento di regolare il pascolo, di non pregiudicare le colture e d'impedire che i proprietarii potessero coll'arbitrario sistema della semina aumentare o diminuire il pascolo spettante alla Comunità. Così per gli statuti. In quello del 1564 anteriore alla cessazione del feudo si accenna al fatto della semina. In quello del 1618 si parla di quarto distribuito, di assegnazione di terre e di corrisposta del quinto.

Ma il riflesso che tali terre erano coltivate anche da forestieri e che possa trattarsi di quelle soltanto che sopravvanzavano ai proprietari induce a ritenere che quelle disposizioni fossero d'ordine generale e si riferissero al pascolo, anzichè alla semina, come più tardi riferì la Comunità al Governo pontificio, affermando con una relazione dell'anno 1853 che, quanto alla semina, nulla constava per quegli statuti.

Del pari può spiegarsi colla separazione dei frutti industriali, goduti dai proprietari, la distinzione dell'*jus pascendi* e *serendi* richiamati nel decreto del Cardinale Sacchetti nel senso che, solo quando il dominio era diviso, le spese si dovevano corrispondere rispettivamente dagli uni e dagli altri.

Infine se è vero, come si desume dal detto atto notorio del 1700, che le terre che sopravvanzavano doveano assegnarsi al Comune, il quale, surrogato alla Camera Apostolica nell'uso dei pascoli e sostituito alla sua volta dalla Università Agraria, aveva l'obbligo di farle coltivare e di pagare in ogni caso la corrisposta, il fatto che gli stessi proprietarii avevano facoltà di assegnar la terra al Comune, lungi dal provare che la collettività avesse il diritto di semina, si presta all'ipotesi contraria. Infatti, a prescindere che la corrisposta nella quinta parte del prodotto non era mantenuta sempre invariabilmente come da altri documenti si desume, e che l'esercizio dell'uso civico non si può far dipendere da condizioni eventuali e dalla volontà dei proprietarii, nel senso che solo quando restavano terre potevano i citadini usufruirne, non si esclude che tali terre sopravanzate men che per l'uso civico fossero assegnate per libera concessione, e che l'obbligo della Comunità costituisse una maggiore garentia dell'esercizio del diritto di proprietà esclusivo dei padroni delle terre stesse. Del resto, che tutti questi documenti, che non possono per le ragioni dette elevarsi al valore di prova della esistenza della servitù di semina, costituiscano o meno una presunzione della medesima, come ritenne la Giunta d'Arbitri, per credersi autorizzata a disporre la prova testimoniale, è superfluo indagarlo. Imperocchè, se pur quelli di Castelnuovo avessero in epoca remotissima avouto il diritto di semina, è certo che quel possesso di fatto, se ebbe vita e continuazione dopo il feudo, cessò senza dubbio in epoca anteriore di molto più di un secolo alla pubblicazione della legge del 1888.

Risulta, infatti, che per una lite sorta nel 1722 fra la Comunità di Castelnuovo ed i proprietari del bestiame intervenne sentenza del Governatore del 7 aprile di quell'anno, colla quale fu riconosciuta la facoltà, da questi ultimi negata alla prima, di vendere le erbe ai forestieri, e che per dirimere ogni controversia nel 31 maggio 1724 si addivenne ad un atto di concordia, col quale si stabilì che i detti proprietarii di bestiame mediante corrispettivo subentravano nella disponibilità delle erbe, ma a patto che non dovessero turba-

re gli usi civici, che si determinavano e si specificavano in quelli del pascolo estivo, della racolta delle spighe per la popolazione povera, e del dritto di fare erbe e sacchi, del legname e del pascolo gratuito per le bestie da macello. Per non essersi in quest'atto della massima importanza fatto alcun cenno della servitù di semina è ovvio, che o essa non si esercitò mai, o, se si esercitava per il passato, fu esclusa per l'avvenire.

E che sia così e non altrimenti lo provano una serie di atti posteriori fino alla compilazione dell'elenco in disputa.

Risulta, infatti, pure dai documenti *hinc et inde* esibiti che nel 1847, avendo l'Università dei boattieri ravvisato nell'atto di alcuni proprietari di recingere le loro terre una limitazione all'esercizio del loro dritto di pascere, il Tribunale dell'A. C. con decisione del 12 aprile di quell'anno, premesso che in Castelnuovo fin da parecchi secoli esisteva la distinzione fra frutti naturali ed industriali, e che i primi spettavano per consuetudine al Comune ed i secondi ai particolari possidenti, ritenne che, essendo il pascolo di provenienza feudale e consuetudinario e non *jure dominii*, si poteva eliminare col ridurre le terre a coltura; che dello stesso avviso non fu la Sacra Rota, che con sentenza del 1852 ritenne il contrario, affermando che il pascolo era *jure dominii*, e quindi era di ostacolo al recinto; che dopo la legge pontificia del 29 decembre 1849 per l'affrancazione della servitù di pascere, di vendere le erbe e di fidare, sulla domanda di Francesco e Maria Ghiglieri ed altri, avanzata contro l'Università dei boattieri all'oggetto di affrancare dal dritto di pascolo da questa goduto diversi apprezzamenti di terreni aperti loro spettanti, la Commissione di appello del contenzioso amministrativo del Consiglio di Stato sulla questione, se il diritto di affrancare il pascolo spettasse alla R. Università, che diceva di goderlo *jure dominii*, ovvero al proprietario, al quale apparteneva *jure dominii* il *jus serendi*, decise doversi dare la prevalenza a quest'ultimo, considerando fra l'altro: « che amminicolo fortissimo somministrano i molti istrumenti stipulati in tre passati secoli in Castelnuovo, dai quali risulta che i padroni di terra in quel territorio ne disponevano come di cose a loro pienamente appartenenti (*pleno jure dominii*), senza distinzione alcuna, sia che si trattasse di fondi recinti, sia che riguardassero fondi aperti composili ».

Or se a questi pronunziati delle autorità competenti del tempo, resi nel confronto della stessa Comunità, e di coloro, dai quali ebbero causa la maggior parte degli attuali contendenti, non può riconoscersi la forza di cosa giudicata, in quanto, a prescindere da altre considerazioni, manca la prova sicura della identità, dell'oggetto e della *causa petendi*, è certo che essi escludono in maniera assoluta il possesso di fatto nel senso preteso dal Comune.

Imperocchè, a proposito della prima contestazione, si esaminò e si discusse sul diritto o meno di privare il pubblico dell'uso delle erbe e quindi sulla natura e portata giuridica della servitù di pascolo, ma non si accennò affatto a quella di semina, che, se fosse esistita, sarebbe stata certamente rilevata, perchè al pari del pascolo sarebbe stata pregiudicata dal fatto delle recinzione delle terre.

Colle seconde sentenze, poi, addirittura si dimostra lo stato di fatto, quale lo rappresentano i proprietarii, essendo stato riconosciuto in esse, sebbene incidentalmente, la libera disponibilità delle terre da costoro possedute.

Questo stato di fatto fu confermato dalla succitata relazione del 1853, colla quale in sostanza si riducevano a due le servitù vere e proprie, cioè a quelle di pascere e di legnare, e, quanto alla semina, si rilevava che la corrisposta era diversa secondo la natura e la situazione del terreno, e non soltanto della quinta contrariamente a quanto afferma il Comune a base di un atto notorio del 1846, estratto da un sommario a stampa, col quale si asserisce che era della quinta. E quel che più monta è che tale stato di fatto perdurò fino al periodo delle affrancazioni del 1888-1900, come riconobbe lo stesso Comune e come chiaramente risulta:

a) da una valutazione eseguita su vari fondi in disputa ed inserita in un istrumento dell'anno 1798 esibito dal Paradisi, con cui dal valore di ciascuno di essi fu diffalcata una parte come capitale del dritto di pascere, che era la sola servitù, che figurava iscritta a favore del Comune di Castelnuovo;

b) da un gran numero di contratti di colonia esibiti dalla signora Stampa da cui risulta che gli stessi terreni dal 1803 al 1856 furono dati a colonia a coltivatori anche forestieri

colla corrisposta non sempre della quinta, ma spesso nella quantità determinata di 9 o 10 quarte al rubbio;

c) dai titoli di acquisto dei terreni pervenuti anche da epoca remotissima liberi dalla servitù di semina a tutti gli appellanti, compreso il Boncompagni, che fu giustamente mantenuto in causa dalla Giunta di Arbitri, desumendosi dall'elenco e dai termini della contestazione che in suo confronto s'intese chiedere pure l'affrancazione della servitù di semina, oltre quella del pascolo, che fu oggetto di altra sentenza di questa Corte del 21 luglio 1906;

d) dalla provenienza dei terreni del patrimonio del sig. Giuseppe Pagnani, che fino dal 1849 aveva proceduto all'affrancazione del pascolo e dal 1862 aveva dato alle terre un diverso sistema agricolo senza che nessuno avesse mai reclamato il diritto di semina. Nè è vero che il Pagnani abbia nella convenzione col Comune nel 1846, per la determinazione di un indennizzo in via provvisoria fino all'affrancazione di vari appezzamenti di terreno dalla servitù di pascolo, riconosciuto la semina, come uso civico, avendone egli, nel riservarne la stima, inteso alludere al diritto che egli ne aveva quale proprietario, come ben si desume dallo intero contesto di quell'atto;

e) dagli atti di acquisto all'asta dei detti terreni per parte dell'autore dei signori Menotti con inserzione nel verbale di aggiudicazione che vi era solo da sistemare in definitivo il pascolo, e dal fatto di avere lo stesso Menotti ristabilita la semina a libere contrattazioni;

f) dall'ultimo possesso di fatto, già rilevato avanti la Giunta d'Arbitri, nel 1894, dal Comune che cogli elenchi allora compilati si limitò a domandare l'affrancazione delle servitù, quali erano specificate nell'atto di concordia del 1724, e dal perito giudiziale sig. Gioazzini che, in confronto dei particolari, i quali erano in causa appunto perchè proprietarii della semina, escluse ogni esercizio di questa servitù, constatando che lo stato di fatto era costituito dalla libera contrattazione dei padronali medesimi, a condizioni varie a seconda della fertilità del terreno, nella forma che generalmente assumeva di colonia parziaria.

Nè a questo stato di fatto contraddicono i catasti nei quali i periti limitandosi alla stima del reddito netto non rilevarono in alcun modo l'esistenza del *jus serendi* come servitù civica.

Or se nemmeno le sentenze della Giunta d'Arbitri per le precedenti affrancazioni possono aver valore di cosa giudicata, in quanto l'uso civico di seminare non fu oggetto di speciale disamina, il certo è che esse provano che di questo non si discusse in quella sede (in cui si sarebbe dovuto opportunamente discutere, se fosse esistito), non già perchè si esercitava senza contrasto, come il Comune assume, ma perchè non si esercitava affatto, come risulta dagli altri documenti e specialmente dal ripetuto atto di concordia che servì ad esse di base. Ad un diverso convincimento non può indurre l'atto notorio dell'11 luglio 1904, col quale si asserì che i quattro terzi del territorio erano stati da tempo immemorabile seminati a turno quatriennale colla corrisposta del quinto fino al 1903, essendo tale affermazione (che ben potè esser fatta per giovare alla difesa Comune nella causa che s'iniziava) contraddetta e smentita da tutti i documenti suddetti e da altri di minore importanza che si è creduto superfluo di rilevare.

Osserva che, essendo in conseguenza dimostrata l'allegata desuetudine del diritto di semina, ancorchè fosse esistito, da molto più di un secolo indietro alla pubblicazione della legge del 1888, ed alla compilazione dello elenco che ad esso si riferisce, si appalesa infondato l'assunto del Comune ed inammissibile la prova testimoniale, essendo l'immemorabile esercizio del preteso uso civico contraddetto ed eliminato dallo stato di fatto quale era prima, al momento, e dopo la legge di affrancazione.

Per questi motivi, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

10 gennaio 1907 n. 1

Cardona *Pres.* — Mosca *Est.*

Bologna ed altri (avv. *G. Volpi*) contro Borghese (avv. *Ann.* e *G. C. Gabrielli*).

Per le molte proroghe dei termini assegnati dalla legge 14 luglio 1887 n. 4727 sulla commutazione delle prestazioni perpetue, non solo non è mai decorso il termine, prefisso nell'art. 1 della legge 8 giugno 1873 (a cui si richiama la suddetta legge del 1887) per l'inizio del giudizio di commutazione, ma non è nemmeno venuto a cessare l'obbligo di corrispondere frattanto le prestazioni in natura (1).

Per le proroghe dei succennati termini, non ha ancora ragione di venire applicato il capoverso dell'art. 21 della mentovata legge 8 giugno 1873, il quale capoverso presuppone la pendenza del giudizio di commutazione, iniziato prima che cessi l'obbligo della prestazione in natura: quindi, tuttora il pagamento della prestazione in natura deve ordinarsi senz'altro, e non già in via provvisionale ai sensi dell'indicato capoverso (2).

Va da sè che anche oggi il magistrato, richiedendosi il pagamento di prestazioni in natura arretrate e perciò consumate, può condannare i debitori al loro correspettivo in danaro, a titolo d'id quod interest (3).

La Corte, ecc. — Ha considerato in diritto: Che la legge 14 luglio 1887, agli articoli 3 e 4, stabilisce che tutte le prestazioni fondiarie perpetue consistenti in quote di frutti debbono commutarsi in annuo canone fisso in danaro, e che per tale commutazione vanno applicate le norme e disposizioni contenute nella legge 8 giugno 1873 per la commutazione delle decime ex-feudali nelle provincie meridionali.

Che quest'ultima legge, all'art. 1, dispone così: « Tutte le prestazioni di qualsiasi quantità e natura legittimamente costituite sulle terre delle provincie napoletane e siciliane dovranno fra 3 anni dalla promulgazione della presente legge commutarsi in una rendita annuale in danaro, uguale al valore della prestazione costituita sulle terre stesse, e saranno affrancabili». Ed all'art. 21 soggiunge: «Scorsi tre anni dalla promulgazione della presente legge, cesserà la prestazione in natura, nonostante qualunque patto o convenzione in contrario, salvo il diritto di ottenere l'equivalente in danaro in seguito all'eseguita commutazione. Nel caso preveduto dall'art. 14 (qualora nel giudizio di commutazione insorga contestazione sul diritto della prestazione) potrà il magistrato ordinare, per un tempo determinato, la continuazione della prestazione in natura secondo il possesso ».

Che dal confronto di questi articoli emergono chiari i seguenti tre concetti: 1. che durante il termine dalla legge stabilito per promuovere il giudizio di commutazione (un triennio dalla sua promulgazione) le prestazioni debbono continuare a pagarsi in natura; 2. che, scorsi i detti termini, senza che il giudizio di commutazione sia stato promosso, cessa *de jure*, nonostante qualsiasi patto in contrario, l'obbligo di corrispondere la prestazione in natura, salvo però il diritto di ottenerne l'equivalente in danaro in seguito alla eseguita commutazione; in altre parole, scorso il triennio, il creditore non decade nè dal diritto alla prestazione, nè dal diritto di avvalersi, per la commutazione, del procedimento speciale stabilito dalla legge, ma decade soltanto dal diritto di continuare ad esigere le prestazioni in natura; 3. che, qualora il giudizio di commutazione sia promosso, ma non esaurito nel termine del triennio, il diritto ad esigere la prestazione in natura cessa egualmente alla fine del triennio, salvo che, insorgendo contestazione sul diritto della prestazione, il magistrato investito del giu-

(1-2) Molte cose utili in relazione alla legge 14 luglio 1887 si possono leggere nello studio di G. SALVIOLI, pubblicato in *Digesto italiano*, voce *Decime*. Cons. anche LAMPERTICO, *La legge 14 luglio 1887 sulle decime* (2. ediz.), Padova, 1888; LOMBARDI, *Legge 14 luglio 1887*, Cosenza, 1888; MINELLA, *Sulle commutazioni ed affrancazioni delle decime*, Padova, 1889.

Il SALVIOLI accenna alla questione, di cui si occupano le due prime massime, ai numeri 150 e 151 dello studio surriferito.

Si avverta, però, che per le provincie napoletane e siciliane è già spirato da un pezzo (cioè dal 22 dicembre 1890) il termine per la commutazione delle prestazioni fondiarie di qualsiasi natura in una eguale rendita annua in danaro. Veggasi sull'argomento Cass. Roma 18 giugno 1903, est. PIANIGIANI, in *Giur. ital.*, 1903, 1, 645, con nota.

dizio di commutazione non ordini, per un dato periodo di tempo, la continuazione della prestazione in natura secondo il possesso. Tale procedimento non è possibile nel caso che il giudizio di commutazione non siasi promosso prima della scadenza dei termini dalla legge all'uopo stabiliti, per la semplice ragione che, cessando alla detta scadenza l'obbligo di pagare la prestazione in natura, giusta la prima parte dell'art. 21, non è più dato al magistrato di ordinare la continuazione di ciò che ha finito di esistere. La continuazione, di cui nel capoverso del detto art. 21, presuppone necessariamente che il giudizio di commutazione sia stato promosso nel termine dalla legge stabilito, vale a dire prima dell'estinzione del diritto alla prestazione in natura, e si protragga oltre i suddetti termini.

Che non incorrendosi, adunque, alla scadenza del triennio stabilito per promuovere il giudizio di commutazione nè nella decadenza dal diritto alla prestazione, nè nella decadenza dal diritto di procedere alla commutazione col rito speciale di cui nella legge del 1873, ma soltanto nella decadenza dal diritto di continuare ad esigere le prestazioni in natura (salvo, come dice l'art. 21 di detta legge, ad ottenerne l'equivalente in natura dopo eseguita la commutazione) ne viene di legittima conseguenza che il termine prefisso nell'art. 1, per l'inizio del giudizio di commutazione sia lo stesso termine stabilito nel successivo art. 21 per la continuazione del pagamento delle prestazioni in natura, e che la proroga del primo termine importa necessariamente anche la proroga del secondo. Quale importanza pratica, infatti, avrebbero avuto le molte leggi di proroga dei termini per la commutazione pubblicatesi dopo il 1887, se fosse restato fermo il termine stabilito nello art. 21 della legge del 1873 per la cessazione dell'obbligo del pagamento delle prestazioni in natura? Evidentemente nessuna, perchè, giova ripeterlo, alla fine del termine originario e non prorogato, il creditore o direttario non perdeva il diritto alla prestazione, nè l'azione per promuovere il giudizio di commutazione, ma perdeva soltanto il diritto a continuare ad esigere la prestazione in natura. I. vero, anzi l'unico scopo pratico delle leggi di proroga non potè essere altro se non il mantenimento dello *statu quo* in ordine alla prestazione durante i termini prorogati. E qui è opportuno ricordare che in occasione della discussione di taluna delle tante leggi di proroga fu proposto, allo scopo di affrettare le commutazioni, che si dichiarasse, alla fine dei termini prorogati, la decadenza dal diritto alla prestazione e non alla semplice riscossione di essa in natura; ma tale proposta non venne approvata.

Che, essendo stati di anno in anno prorogati i termini per la commutazione fino al 31 dicembre 1906, non era il caso, nella specie, di applicare, nemmeno per analogia, la disposizione del capoverso dell'art. 21 della legge del 1873 per la semplice ragione che, stante l'unicità dei termini stabiliti degli articoli 1 e 21 della detta legge, perdurava, e perdura tuttora, l'obbligo del pagamento della prestazione in natura. Il Tribunale, quindi, avrebbe dovuto condannare senz'altro (e non già in via provvisionale, come fece) il Bologna e consorti di lite al pagamento delle prestazioni in natura dovute nel 1904, e, in mancanza, al pagamento del prezzo che i prodotti da corrispondere in natura avevano in quell'anno a Chia. Nè vale obbiettare di non essere ancora sorto nel Principe Borghese il diritto di riscuotere le prestazioni in danaro, non avendo ancora eseguita la commutazione, perchè qui non si tratta di esigere quell'equivalente fisso in danaro, di cui è parola nelle leggi del 1887 e del 1873 (equivalente che va determinato in base al prezzo medio dei prodotti nell'ultimo decennio), ma si tratta, invece, di riscuotere, a titolo di *id quod interest*, in luogo dei prodotti in natura, che si sarebbero dovuti dare nel 1904, il prezzo che essi avevano in quel tempo. E nemmeno giova l'osservare che, nella specie, il diritto del Principe Borghese a conseguire dai convenuti nel 1904 le chieste prestazioni in natura non era giustificato, poichè questo diritto venne dai convenuti stessi o da molti altri coloni di Chia formalmente riconosciuto con l'atto di protesta del 2 ottobre 1904, col quale essi, pur richiedendo al Principe Borghese la esibizione dei titoli, ammisero che questi si trovava in possesso di esigere la quarta e la quinta di tutti i prodotti.

Che per le esposte considerazioni la sentenza del Tribunale va nella forma, più che nella sostanza, riformata, dovendo condannarsi il Bologna e consorti di lite a pagare in natura al Principe Borghese, non già in via provvisionale, ma per la legale permanenza dello *statu quo* fino alla scadenza dei termini stabiliti per la commutazione, le prestazioni dovute nel 1904 sulle terre da essi

rispettivamente coltivate, e, in mancanza, il prezzo che tali prestazioni avevano in quel tempo in Chia.

Per questi motivi, ecc.

R. PRETURA DEL III MAND. DI ROMA

19 dicembre 1906, n. 896

Randaccio *Est.*

Lodi e Valentini (avv. *V. Positano*, *G. Gori*, *F. Pavone*, *S. Aureli* e *R. Mucci*) contro Vitali (avv. *C. Massarini*), Comune di Roma, Ministero dell'Interno ed altri.

I diritti di uso pubblico sono ben distinti dagli usi civici, giacchè questi si riferiscono ai bisogni essenziali della vita e son goduti da una collettività determinata dall'origine e dal domicilio, mentre quelli hanno per contenuto ogni altra utilità, o il diletto, o l'igiene, o l'arte ecc., e spettano ad una collettività determinata dalla permanenza o semplice dimora in un territorio (questione relativa alla Villa Borghese di Roma) (1).

L'azione di tutela degli usi civici può sperimentarsi dai privati « uti cives et uti singuli », mentre l'azione di tutela dei diritti di uso pubblico può sperimentarsi solo dall'Ente amministrativo che ne è il titolare (di solito, il Comune), salva l'azione popolare nei modi e nelle forme di legge (2).

L'azione popolare, però, così come è disciplinata dall'art. 129 della vigente legge comunale e provinciale, è data ai singoli cittadini per supplire all'inerzia dell'Ente amministrativo, non già per contrastare o correggere quanto l'Ente medesimo abbia legalmente fatto (3).

Non può essere ritenuto temerario litigante chi è spinto alla lite, per quanto rischiosa, da un sentimento nobile ed elevato (4).

Il Pretore ecc. — *In fatto*. Con legge 26 dicembre 1901 n. 509 il Governo del Re fu autorizzato ad acquistare la Villa Borghese allo scopo di cederla gratuitamente al Comune di Roma, a condizione di trasformarla a pubblico giardino comunale, unito al Pincio, da intitolarsi al nome di Umberto I, nonchè a trattenere tanta parte dei terreni di detta villa, quanta ne occorra alla fondazione di una scuola di agricoltura, in quella parte che meno si presti a pubblico giardino. In esecuzione di detta legge la villa fu acquistata dal Governo che la cedette al Comune di Roma con atto stipulato addì 11 luglio 1903, approvato con sovrano provvedimento del 17 luglio successivo, riservandosi il Governo la piena proprietà del palazzo esistente nella villa ed un'area di mq. 50,000 di terreno della stessa villa per la costruzione di uno o più edifici da destinarsi alle collezioni artistiche e storiche dello Stato ed all'Istituto delle belle arti, area da determinarsi e delinearsi d'accordo col Comune. In detto atto il Governo rinunziava a valersi della facoltà, consentitagli dalla legge,

---

(1-4) Facciamo plauso a questa elaborata sentenza, emessa in una controversia che ha appassionato vivamente la stampa nazionale ed estera.

— (1-2) Tali massime trovano ormai concordi gli scrittori ed i tribunali. Vegga̲nsi le molte decisioni pubblicate in questa Raccolta con le relative note e riassunte negli indici annuali alla voce *Usi civici*.

Si consulti anche il pregevole libro del nostro carissimo prof. Carlo CALISSE, dal titolo *Gli usi civici nella provincia di Roma*, Prato, Giachetti, 1906.

Circa i *diritti di uso pubblico* o *servitù di uso pubblico* che la sentenza qui commentata distingue benissimo dalle *servitù civiche*, rimandiamo all'ottimo lavoro di M. D'AMELIO, inserito nel *Digesto italiano*, voce *Servitù pubbliche*, parte I, pag. 188-249. Ivi, a pag. 206, n. 21, è ricordata anche la questione di villa Borghese, riproducendosi in nota la sentenza 9 marzo 1887 (*Legge*, 1887, 1, 433) con cui la Cassazione romana ebbe a risolverla.

A proposito di siffatta questione d'indole possessoria va notato come tuttora sia viva la disputa se una servitù pubblica di passaggio possa provarsi senza titolo. Il BIANCHI, in *Giur. ital.*, 1894, 1, 1, 26 richiede il titolo, e conformemente a lui si esprime la Cass. Torino 31 maggio 1893, *id.* 1893, 1, 1, 1278: distinguendo, poi, la servitù di passaggio da quella di passeggio (*jus deambulandi*) il BIANCHI parla della causa possessoria di villa Borghese ai nn. 23 e 43 del suo trattato *Delle servitù legali*. La difesa di P. S. MANCINI per villa Borghese può leggersi in *Filangeri*, anni 1886. A Villa Borghese accenna pure il CHIRONI, *Questioni di dir. civ.*, Torino, 1890, pag. 62.

Nella più recente giurisprudenza troviamo essersi ammesso l'acquisto, per prescrizione trentennale, di una servitù pubblica di passaggio dall'A. Firenze 27 maggio 1903 e dalla Cass. Firenze 3 agosto 1903 (*Annali*, 1903, 3, 346, e 1, 360), mentre, invece, ha sostenuto il contrario la Cass. Palermo 16 ago

di trattenere tanta parte di terreno della Villa Borghese, quanta ne occorra alla fondazione di una scuola d'agricoltura, ed il Comune di Roma, in corrispettivo della rinunzia, si obbligava di versare allo Stato, come concorso per la istituenda scuola di agricoltura, la somma di lire 50,000. In seguito però il Governo col consenso del Comune decise di costruire il palazzo che deve servire da sede per l'Istituto Internazionale di Agricoltura nell'interno della Villa Borghese, prelevando l'area necessaria dal cinquantamila metri quadrati ad esso riservati, e l'accordo venne concretato con atto del 28 luglio 1906, autorizzato da regolare deliberazione del Consiglio Comunale del 16 stesso mese, ed approvato con R. Decreto del 5 agosto successivo, restando prescelta per la costruzione del palazzo suddetto un'area della villa di metri quadrati settemilacinquecento sull'altipiano nord del viale d'ingresso da porta del Popolo, e precisamente quella contornata da ciglione naturale con accesso libero dal cancello verso villa Ruffo. I lavori dell'erigendo palazzo furono poi dalla Commissione Reale, nominata con decreto Reale 28 gennaio 1906 n. 28 in rappresentanza dell'Istituto Internazionale di agricoltura, appaltati al sig. Domenico Vitali, il quale li iniziò nell'ottobre 1906 abbattendo nella località prescelta un certo numero di pini secolari e facendo opere di sterro. A seguito di tale fatto due cittadini romani, i signori Lodi Carlo e Valentini Saverio, con atto 28 ottobre 1906, a mezzo dell'ufficiale giudiziario Paolo Nenni, convennero in giudizio per l'udienza del 31 ottobre successivo avanti questo Pretore il predetto signor Vitali.

Assumono essi nella citazione che da tempo antichissimo ed immemorabile la Villa Pinciana, fondata dal Pontefice Paolo V e detta poi Borghese, fu dichiarata di uso pubblico e destinata a perpetuo godimento del popolo romano, e che ne usufruì la popolazione per quanto si riferisce a ricreazione, sollazzo, amenità, trattenimento pubblico, appunto come in villa o giardino pubblico.

Affermano che questo uso ultra secolare del popolo romano sulla villa Borghese fu sempre mantenuto inalterato e che, quando per la prima volta, dopo secoli, nel 1885 il principe D. Marcantonio Borghese si arbitrò di chiuderne i cancelli al pubblico, su istanza promossa dal Comune di Roma, questo Pretore dapprima nel 26 giugno 1885, il Tribunale di poi nel 14 dicembre stesso anno, e la Cassazione di Roma finalmente nel 9 marzo 1887 confermarono coi loro giudicati il diritto della popolazione romana ad essere mantenuta e reintegrata nel possesso della storica villa, riconoscendo a favore dei cittadini «uti cives» ed «uti singuli» la esistenza dell'uso civico di godimento, perchè questa e non altra era la destinazione del fondo. E fondandosi su tale uso civico di godimento deducono che la costruzione iniziata dal Vitali verrà ad apportare ad essi istanti quali cittadini romani ed alla intera popolazione, investita di tale singolare diritto sulla cosa, un danno reale, in quanto altera le condizioni del fondo sovra il quale esiste quel diritto e ne limita e

---

sto 1901 (*Annali* 1901, 1, 532), preceduta in questo insegnamento dalla Cass. Roma 16 febbraio 1898 ed 8 gennaio 1895 (*id.* 1898, 1, 154, e 1895, 1, 82 con nota).

La Cass. Torino 29 maggio 1906 (*Giur. tor.* 1906, 937) decise che l'uso pubblico da parte del Comune di un'area adiacente a un castello, protratto per tempo immemorabile durante il periodo feudale, non ne porta l'acquisto per prescrizione, se non si dimostra il possesso esclusivo *animo domini* da parte del Comune e l'astensione, acquiescenza ed *observantia* da parte del feudatario. Non sono — aggiunse la detta Corte — atti di possesso esclusivo *animo domini*, che importano l'acquisto per prescrizione dell'area su ricordata, l'uso immemorabile dei terrieri di radunarsi ivi, come sopra pubblica piazza, per trattarvi affari ed interessi, il farsi ivi le pubbliche affissioni e pubblicazioni, il servirsene pel pubblico giuoco delle bocce, per sciorinamento di bucato, deposito di materiale e segatura di travi, per sosta di carri e vetture, processioni religiose e balli pubblici; e neppure l'avere qualche volta disposto il Comune dell'area in questione tanto più se negli ultimi quaranta anni è cessato da parte del Comune ogni atto di possesso, ed il proprietario del castello ha invece provvisto da solo alla costante spazzatura del terreno ed allo sgombro della neve, nonchè alla manutenzione di piantamenti di acacie, di muricciuoli e di chiudende.

— (3) Si consulti sull'argomento lo scritto di T. BRUNO, in *Digesto italiano*, voce *Azione popolare*, sopratutto al cap. II.

— (4) L'audacia nel muovere una lite non fa passare per temerario il litigante, mentre ben lo fa passare per tale la malafede e la disonestà (cfr., da ultimo, A. Aquila 30 marzo 1906, *Giur. abr.* 1906. 262; A. Trani 23 luglio 1906, *Foro Puglie* 1906, 386; A. Firenze 8 agosto 1906, *Mon. Pret.* 1906, 547).

retti a dimostrare la interposizione di persone si definiscono le Figlie di Sant'Anna come famiglia religiosa, ordine religioso, istituto religioso, ma la religiosità e l'ascetismo non basta, richiedendosi invece il carattere ecclesiastico e la regola della vita comune.

All'obbietto va rammentato che sono ormai postulati costanti di dottrina e giurisprudenza, che a costituire l'Ente ecclesiastico, e con ciò il patrimonio ecclesiastico, non basti la sola bolla Vescovile o Pontificia, che autorizza la fondazione dell'Ente, ma occorra la erezione in titolo mediante la quale i beni diventano sacri e spirituali; e quindi che non si abbia carattere ecclesiastico, che importi vita comune, se non quando si trovi nel titolo di fondazione la erezione canonica derivante dall'autorità del Pontefice.

Quindi per riconoscere se l'Istituto di cui si tratta sia o no colpito dalla soppressione ordinata dalla ripetuta legge 7 luglio 1866, devesi determinare la natura del medesimo, prendendo principalmente per guida l'atto di fondazione o di costituzione, che la signora Custo ha presentato in appello.

E manca il carattere ecclesiastico nella Congregazione delle Figlie di Sant'Anna, la quale non ha se non uno scopo caritativo e di beneficenza, come attendere all'istruzione ed educazione di fanciulle povere, assistere gl'infermi e prestare la loro opera negli ospedali. Le pratiche religiose devono perciò considerarsi come ornamento accessorio, o come mezzo per meglio raggiungere lo scopo di carità

E' d'altronde risaputo, che la vita comune nel senso della legge di soppressione, non consista nella semplice comunione di tetto, vitto ed interessi ,ma si richieda per esso che i consociati debbano coattivamente vivere in comune, nulla in proprio avere o ritenere, che il patrimonio spetti esclusivamente all' Ente morale, e che la personalità giuridica individuale scompaia per essere assorbita o rappresentata dall'Ente stesso.

Manca perciò tale carattere se gli associati, come nella specie, possono volontariamente uscire dalla comunione, ritornando in possesso di quanto ciascuno abbia portato alla Congregazione.

Di certo, accordi e patti di convivenza vi devono essere, ma se sono soggetti a poter essere disciolti, come i patti di qualunque società civile, in tal caso la legge non sottopone simili Congregazioni a soppressioni.

La regola, così insegnava il Supremo Collegio di Roma, comune sì agli ordini, sì alle Corporazioni e Congregazioni religiose, consiste, come è noto, nella emissione dei tre voti solenni ed assoluti di castità, di obbedienza e di povertà, oltre la speciale che diversifica una Corporazione o Congregazione religiosa dall'altra.

Ora dall'estratto per notar Tranquillino, delle costituzioni dell'Istituto delle Figlie di Sant'Anna, si desume che queste non professano voti solenni, per i quali si dovrebbero dire morte al secolo, quasi non appartenessero più alla vita presente e terrena, ma avessero già cominciato a vivere per l'evo futuro o supramondano perdendo, non solo ogni diritto di proprietà di cittadinanza e di famiglia, ma perfino l'uso delle ingenite prerogative della libertà e della volontà.

Professano invece voti semplici sempre revocabili, conservando il dominio così detto radicale dei propri beni e cedendone solo l'amministrazione, l'uso e l'usufrutto all'Istituto, quale cessione però è sempre ed ogni tempo revocabile.

Pertanto non si tratta nel caso in esame di una corporazione soppressa e non riconoscibile nello Stato: in conseguenza pure ammettendo la contraria opinione che ritiene applicabili le disposizioni dell'articolo 829 capoverso Codice Civile e dell'articolo 28 della Legge 19 Giugno 1873 alle Corporazioni religiose non riconoscibili nello Stato a termini dell'articolo 1. della legge 7 luglio 1866, la stessa applicabilità neanche potrebbe aver luogo nella specie attuale, perchè non riscontrandosi i caratteri di ecclesiasticità e di vita comune in senso canonico, l'Istituto delle Figlie di Sant'Anna sarebbe riconoscibile, e sarebbe quindi valida la disposizione testamentaria della signora Gattorno, qualora fosse fatta a favore del detto Istituto per le interposte persone delle eredi nominate, come sostiene la signora Custo.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

15 dicembre 1906, n. 763.

Cardona *Pres.* — Capriolo *Est.*

Comune di Castelnuovo di Porto (avv. *T. Vecchiarelli*), Boncompagni-Ludovisi (avv. *C. Patriarca*) ed altri contro Università dei boattieri di Castelnuovo di Porto (avv. *A. Di Pietro*) ed altri.

Per ultimo possesso di fatto, secondo la legge 24 giugno 1888 abolitrice delle servitù civiche nelle provincie ex-pontificie, non deve intendersi soltanto quello in atto al momento della pubblicazione della legge, ma anche quello anteriore e non esercitato temporaneamente per prepotenza od abuso, senza però risalire ad oltre un secolo addietro (1).

In materia di usi civici, il principio « ubi feuda ibi demania » *è applicabile anche alle provincie ex-pontificie* (2).

Tuttavia la sola presunzione, nascente dall'indole feudale di un territorio, non basta per comprovare lo specifico esercizio di una determinata servitù, per quanto di prima necessità, come quella di seminare, ma occorrono anche documenti storici per mezzo dei quali siffatto esercizio rimanga accertato e chiarito (3).

La Corte ecc. — Osserva che la legge del 24 giugno 1888, nel prescrivere cogli articoli 1, 2 e 6 che le servitù di pascolo, di semina, di legnatico ecc., che si esercitano in alcuni Comuni delle Provincie ex-pontificie, sono abolite nella estensione e misura dell'ultimo possesso di fatto, e che il valore del canone da corrispondersi alla Comunità, in corrispettivo della privazione di quel naturale godimento, debba valutarsi sulla media dell'ultimo decennio, ha inteso d'imporre, come condizione indispensabile dell'affrancazione, la prova di uno stato di fatto che, mentre rassicuri del positivo esercizio di quel diritto, somministri i criteri per la determinazione delle dovute indennità.

Senonchè per i postulati della dottrina e per i sapienti e ripetuti insegnamenti della Corte regolatrice, per ultimo possesso di fatto non deve intendersi soltanto quello *in atto* al momento della pubblicazione della legge, ma anche quello anteriore alla interruzione e sospensione dell'esercizio di quel diritto, che determinata da abuso o prepotenza feudale non può renderlo passibile di decadenza e tanto meno produrre la conseguenza di negare poi l'equo compenso per l'abolizione di un diritto, sol perchè questo non si sia temporaneamente esercitato.

D'altra parte, non si può disconoscere che quel possesso costituisce titolo per pretendere l'indennità e base per determinarla; di maniera che tale determinazione diverrebbe impossibile se si dovessero di quel possesso ricercare all'infinito le origini che si perdono nella notte dei tempi. Segna, invece, un limite a questa ricerca l'abbandono dell'esercizio di quel diritto per oltre un secolo da che la feudalità fu abolita dovendosi in tale caso ritenere che, cessato quel bisogno per la vita della popolazione, tanto che questa non credette di ripristinarlo in sì lunga serie di anni, la proprietà fondiaria divenne fin d'allora libera di quelle gravezze e servitù, che ora la legge, intesa a farle sparire, non può far risorgere, e tanto meno consentire che si conseguano indennità per un godimento che non si aveva.

Osserva che a questi principii gli attuali contendenti hanno coordinato, mediante gli appelli principali ed incidentali, le rispettive tesi, dirette ad impugnare dal punto di vista della propria difesa la decisione della Giunta degli Arbitri.

Difatti, il Comune, valendosi, oltre che della presunzione nascente dal regime feudale, di una serie di documenti, sostiene che la popolazione di Castelnuovo, sia prima che dopo la cessazione del feudo, dedicata alla pastorizia, aveva costantemente e senza contrasto fino al-

---

(1-3) La locale Corte di appello si uniforma completamente, con questa chiara decisione, ai principii adottati dalla superiore Corte di cassazione, come è agevole rilevare, ad esempio, dal confronto con la decisione 19 dicembre 1905, est. NIUTTA, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 101, con larghi richiami nelle note.

E' risaputo che attualmente una speciale Commissione studia le riforme da introdursi nella materia degli usi civici.

Un sunto delle idee che predominano nel seno di cotesta Commissione può leggersi in *Rivista univ. di giur. e dottr.* (anno corr., 4, col. 5) che riproduce lo scritto di G. CARRETTO, dal titolo: *Circa i proposti provvedimenti sulla affrancazione dei terreni dagli usi civici e sull'esercizio di questi.*

l'affrancazione della servitù di pascolo esercitato il diritto di semina per procacciarsi il necessario alimento, pur rispondendo ai possessori delle terre la quinta parte del prodotto.

Costoro, invece, affermano che da epoca immemorabile la parte industriale del territorio, cioè la semina a guisa di colonia perpetua, si individualizzò nei particolari per modo che col tempo ne divennero proprietari, mentre la parte naturale soltanto, cioè il prodotto delle erbe, rimase o al barone o alla comunità, servendo di uso collettivo per i bisogni della pastorizia. Energicamente impugnano, quindi, la esistenza della pretesa servitù e, invocando in via pregiudiziale la cosa giudicata, il non uso ultra secolare, e l'applicazione delle norme di diritto comune, per la mancanza della presunzione nascente dalla feudalità, deducono che, se pure quel diritto potè sorgere, si esercitò saltuariamente in epoche molto remote e certo anteriori ad un atto di concordia del 1724, nel quale furono specificati tutti gli usi civici esistenti, escludendosi la servitù di semina, che d'allora certamente e manifestamente non fu mai esercitata.

Osserva che, per quest'ultima parte, l'assunto degli appellanti non è affatto destituito di fondamento.

Di vero, senza indugiarsi sulle incerte e difficili indagini che si connettono all'origine e all'evoluzione fondiaria in Castelnuovo, prima del feudo, il certo è, e dalle parti non si contesta, che essa cessò di essere tale nel 1581, quando per l'estinzione del ramo maschile della famiglia Sciarra-Colonna passò in dominio della Reverenda Camera Apostolica.

E ciò basta per ammettere la presunzione nascente dalla feudalità, sia per il principio *ubi feuda, ibi demania*, sia perchè, nella specie, è provato che, cessato il regime feudale, non ne mutarono le norme, restando in vigore lo statuto baronale del 1567, che con i capitoli del 1618 fu in parte ribadito e in parte modificato.

Non vale di opporre che trattavasi di feudo improprio, in quanto il terreno proprio del barone era di un limitato numero di rubbia e il suo dominio non si estendeva ai frutti industriali. Imperocchè, di fronte alla presunzione, non monta se il feudo fosse *quoad dominium* o *quoad jurisdictionem*, come in Italia i feudi erano concessi, in quanto, non essendo il feudatario che un utilista, il godimento del territorio infeudato non era così sconfinato, da non consentire alla popolazione il diritto, del quale non potevano spogliarsi, di trarre cioè dal territorio i mezzi di sussistenza.

Del pari non sarebbe incompatibile colla servitù di semina, qualora fosse esistita, la proprietà nei particolari dei frutti industriali, in quanto che questo diritto potrebbe spiegarsi limitatamente alla percezione della corrisposta in luogo e vece del barone, come il Comune sostiene.

Senonchè, per quanto il diritto di semina sia fondato sul diritto alla vita, intendendo, al pari degli altri usi civici, alla soddisfazione dei bisogni di prima necessità, e per quanto esso sia da considerarsi implicito e presunto nell'indole stessa della terra, per modo da dispensare dalla produzione del titolo che lo costituisce, per altrettanto non può negarsi che la sola presunzione nascente dall'indole feudale del territorio non è sufficiente per comprovarne lo specifico esercizio, potendo fra le varie specie di usi civici alcuni esistere ed altri no.

Ciò riconosce lo stesso Comune che, prescindendo dalla presunzione, ha esibito una serie di documenti, dei quali giova riassumere i più salienti per dedurne innanzitutto:

che per chirografi di Papa Clemente VIII per 1592 e del 1600 fu riconosciuta nella Comunità prima la facoltà di affidare e vendere le erbe per sopperire ai debiti dai quali era oberata, e poi la proprietà dei pascoli coll'onere del pagamento di un annuo canone a favore della Camera Apostolica;

che nel 1. novembre del detto anno 1592, su ricorso dei padroni del bestiame, ad evitare che questo danneggiasse i terreni seminati, fu ripartito il territorio in quattro parti denominate Valle Longa, Cellano, Monte Rose, Caparete e Cortocina;

che nel 1618, in correlazione al citato statuto baronale del 1564, fra l'altro si disponeva: « che a nessuna persona di Castelnuovo, che ha bovi nel territorio, sia lecito far messe fuori del territorio, se prima non sarà distribuito tutto il quarto del territorio, sotto pena di uno scudo per bove, e distribuito che sarà detto quarto, sia lecito ad ognuno andare e tornare liberamente senza incorso di pena alcuna, e li pezi che resteranno si assegneranno alli lavoratori dalli Priori e rispondino della quinta conforme il solito e non altrimenti »;

che, con decreto del 16 giugno 1651, il Cardi-

nale Sacchetti poneva le spese per l'estirpazione delle locuste per una metà a carico di coloro che avevano il diritto del pascolo e per l'altra metà a carico di coloro che godevano del diritto di semina;

che da un'attestazione giurata del 1700 risulta che: « quando li padroni delli terreni non trovassero a dispensare le loro terre delli quarti, che si lavorano ogni anno, o quando essi padroni le assegnano alla Comunità per farle lavorare, la Comunità è tenuta a farle lavorare e quando non le facesse lavorare la Comunità medesima è obbligata a pagare la corrisposta di dette terre ».

Ora è facile rilevare come nessuno di siffatti documenti valga per dimostrare la natura e l'estensione del preteso dritto di semina.

Nulla, infatti, in questo senso si desume dai chirografi del Pontefice: anzi, non essendosi nella cessione menzionato il diritto di semina o la percezione della corrisposta, è a presumersi che il primo non esisteva come uso civico e fu rispettato nei particolari che lo esercitavano liberamente.

La divisione del territorio in quarti non prova che essa fu fatta esclusivamente per riconoscere e regolare la servitù di semina per modo che, alternandosi attraverso i secoli l'uno o l'altro diritto, continuarono i cittadini a seminare col sistemato turno di quarteria col solo obbligo della corrisposta della quinta parte del prodotto. Essa, invece, può anche ben spiegarsi coll'intento di regolare il pascolo, di non pregiudicare le colture e d'impedire che i proprietarii potessero coll'arbitrario sistema della semina aumentare o diminuire il pascolo spettante alla Comunità. Così per gli statuti. In quello del 1564 anteriore alla cessazione del feudo si accenna al fatto della semina. In quello del 1618 si parla di quarto distribuito, di assegnazione di terre e di corrisposta del quinto.

Ma il riflesso che tali terre erano coltivate anche da forestieri e che possa trattarsi di quelle soltanto che sopravvanzavano ai proprietari induce a ritenere che quelle disposizioni fossero d'ordine generale e si riferissero al pascolo, anzichè alla semina, come più tardi riferì la Comunità al Governo pontificio, affermando con una relazione dell'anno 1853 che, quanto alla semina, nulla constava per quegli statuti.

Del pari può spiegarsi colla separazione dei frutti industriali, goduti dai proprietari, la distinzione dell'*jus pascendi* e *serendi* richiamati nel decreto del Cardinale Sacchetti nel senso che, solo quando il dominio era diviso, le spese si dovevano corrispondere rispettivamente dagli uni e dagli altri.

Infine se è vero, come si desume dal detto atto notorio del 1700, che le terre che sopravvanzavano doveano assegnarsi al Comune, il quale, surrogato alla Camera Apostolica nell'uso dei pascoli e sostituito alla sua volta dalla Università Agraria, aveva l'obbligo di farle coltivare e di pagare in ogni caso la corrisposta, il fatto che gli stessi proprietarii avevano facoltà di assegnar la terra al Comune, lungi dal provare che la collettività avesse il diritto di semina, si presta all'ipotesi contraria. Infatti, a prescindere che la corrisposta nella quinta parte del prodotto non era mantenuta sempre invariabilmente come da altri documenti si desume, e che l'esercizio dell'uso civico non si può far dipendere da condizioni eventuali e dalla volontà dei proprietarii, nel senso che solo quando restavano terre potevano i citadini usufruirne, non si esclude che tali terre sopravanzate men che per l'uso civico fossero assegnate per libera concessione, e che l'obbligo della Comunità costituisse una maggiore garentia dell'esercizio del diritto di proprietà esclusivo dei padroni delle terre stesse. Del resto, che tutti questi documenti, che non possono per le ragioni dette elevarsi al valore di prova della esistenza della servitù di semina, costituiscano o meno una presunzione della medesima, come ritenne la Giunta d'Arbitri, per credersi autorizzata a disporre la prova testimoniale, è superfluo indagarlo. Imperocchè, se pur quelli di Castelnuovo avessero in epoca remotissima avouto il diritto di semina, è certo che quel possesso di fatto, se ebbe vita e continuazione dopo il feudo, cessò senza dubbio in epoca anteriore di molto più di un secolo alla pubblicazione della legge del 1888.

Risulta, infatti, che per una lite sorta nel 1722 fra la Comunità di Castelnuovo ed i proprietari del bestiame intervenne sentenza del Governatore del 7 aprile di quell'anno, colla quale fu riconosciuta la facoltà, da questi ultimi negata alla prima, di vendere le erbe ai forestieri, e che per dirimere ogni controversia nel 31 maggio 1724 si addivenne ad un atto di concordia, col quale si stabilì che i detti proprietarii di bestiame mediante corrispettivo subentravano nella disponibilità delle erbe, ma a patto che non dovessero turba-

l'uso pubblico della villa importa la facoltà di goderne e passeggiarvi, così quella che dapprima era una servitù su fondo altrui è divenuta ora naturale destinazione della cosa comune. La rappresentanza degli interessi pubblici è devoluta agli organi ordinati dalle leggi amministrative vigenti, salvo solo il controllo riserbato dalle leggi stesse ai singoli cittadini, previo l'uso delle forme volute; ma non è certamente ammissibile una doppia rappresentanza di cotesti interessi e tanto meno un conflitto tra il singolo e l'organo che rappresenta la Comunità. Perciò il Comune di Roma soltanto ha il diritto di spiegare giurisdizione amministrativa ed azione giudiziaria a tutela della Villa Borghese che gli appartiene come bene comunale di uso pubblico. E, se il Comune di Roma a mezzo della sua rappresentanza, d'accordo col Governo che gli aveva donato la Villa Borghese con riserva di trattenere parte del terreno per costruirvi edifici di uso pubblico, ha consentito che nel perimetro della villa fosse scelta l'area su cui dovrà sorgere l'edifizio destinato a sede dell'Istituto Internazionale di Agricoltura, ha fatto con ciò atto di pubblica amministrazione, contro il quale non hanno veste per insorgere in via giudiziaria i singoli cittadini, neanche coll'azione popolare, la quale, così come è disciplinata dall'art. 129 della vigente legge comunale e provinciale, è data ad essi per supplire all'inerzia dell'ente amministrativo, non già per contrastare o correggere quanto esso abbia legalmente fatto. E poichè gli attori Lodi e Valentini non sono utenti di un uso civico su Villa Borghese, nè possono proporre come cittadini a tutela della integrità della Villa azione alcuna, questa non potrebbe altrimenti concepirsi se non come diretta a garantire un legittimo interesse patrimoniale privato degli istanti stessi; ma essi non hanno neppure assunto questo interesse privato e patrimoniale nell'unico senso che renda ammissibile, a norma dell'art. 36 C. P. C., una azione giudiziaria, nè d'altronde hanno dimostrato menomamente di aver quesito nelle forme originarie o derivate il diritto di cui trattasi: quindi, è evidente che essi sono carenti di azione.

Deve perciò respingersi la dimanda da essi proposta per la sospensione dei lavori iniziati in Villa Borghese dal Vitali. Gli attori, come soccombenti, debbono rifondere ai convenuti le spese del giudizio; il Vitali, però, ha diritto, giusta la sua domanda, di essere rifatto delle spese, sostenute, direttamente da chi fa eseguire i lavori che dettero origine alla causa presente, e cioè dalla Commissione Reale, la quale a sua volta deve ripeterle dagli attori stessi. La condanna nelle spese non può, per altro, essere solidale, poichè una tale pronunzia è permessa dalla legge sol quando si tratti, il che non si verifica nella specie, di obbligazioni in solido (art. 371 c. p. c.). Nemmeno si può pronunziare la dimandata condanna di essi attori ai danni per lite temeraria ai sensi dell'art. 370 c. p. c., poichè i signori Lodi e Valentini non possono in alcun modo essere paragonati all'*improbus litigator*, essendo giusto riconoscere che furono tratti a promuovere la presente controversia non da spirito di vessazione, ma da un fine elevato di pubblico bene, tanto che ebbero il conforto di una stampa autorevole ed il consenso di uomini illustri nelle lettere e nelle arti, italiani e stranieri.

Per questi motivi ecc.

Avv. A. SANTE MARTORELLI, *Dirett. resp.*

Tip. Industria e Lavoro, Coppelle 35, Roma.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

22 novembre 1906 n. 773

Pugliese *Pres.* — Lago *Est.*

Compagnia Zurigo (avv. *F. Rutili* e *F. Corsi*) contro Marroni (avv. *A. Gabrielli*).

Obbietto della vigente legge per gli infortuni sul lavoro è quello di risarcire la perdita o la diminuzione della funzionalità lavorativa dell'operaio e non pure la perdi a o la diminuzione della normale funzionalità fisiologica dell'operaio medesimo (1).

La Corte ecc. — La sentenza impugnata, dopo aver rilevato che non poteva dubitarsi che, secondo la legge 17-3-98 e t. u. 31-1-04, ogni operaio colpito da infortunio sul lavoro aveva diritto ad un'indennità proporzionata all'inabilità maggiore o minore che consegue dallo infortunio stesso, e che tale inabilità consiste a sua volta nella perdita totale (inabilità totale) o nella parziale diminuzione (inabilità parziale) dell'attitudine ad un lavoro economicamente proficuo, od in altri termini della capacità a conseguire un guadagno mediante il lavoro, soggiunse in seguito: « ma l'assicurazione dell'entità lavorativa patologica non fu l'unico scopo della legge, dappoichè *in varii casi* essa vi fece astrazione, prendendo per base del risarcimento la lesione patologica, e presumendo dalla maggiore o minore entità di questa la maggiore o minore diminuzione di capacità lavorativa, siccome bene osserva la sentenza appellata ».

E per giustificare questa sua affermazione si richiamò all'articolo 95 del citato regolamento, in quanto, dopo avere enumerati diversi casi di perdita totale di membra, arti ed organi, prescrive nel capoverso che « in caso di perdita di più membra od arti od organi, o di più parti dello stesso organo, la riduzione del salario deve essere determinata di volta in volta tenendo conto di quanto effettivamente, in seguito all'infortunio, è stata diminuita l'attitudine al lavoro dell'operaio, e seguendosi possibilmente le norme indicate nel presente articolo per le riduzioni corrispondenti alle singole lesioni »; ma non limitandosi a questa statuizione soggiunge immediatamente dopo: « quando invece le membra, gli arti e gli organi siano resi soltanto parzialmente inservibili, la riduzione sul salario si determina in base alla riduzione assegnata per la perdita totale di essi in proporzione al grado di funzionalità perduta, senza però che la riduzione medesima possa essere inferiore al 5 per cento ».

E contrapponendo tra di loro questi due ultimi capoversi conchiuse, senza dimostrarlo,

(1) Le sentenze di primo e di secondo grado, revocate dalla presente, leggonsi nell'annata 1906 di questa rivista, a pag. 88 (con nota di richiami) e 355.

A noi sembra che la locuzione dell'art. 95 del regolamento 13 marzo 1904, n. 141, non possa conciliarsi colla massima proclamata dal Supremo Collegio.

E' vero che il legislatore ha voluto assicurare solo la capacità lavorativa dell'operaio, e non in generale la sua integrità fisica, in modo che, exempligrazia, non vanno indennizzati gli sfregi e le deturpazioni, la perdita della potenza virile, ecc., ma è pur vero che il legislatore, ad evitare indagini lunghe e costose, ha determinato il modo di valutare la inabilità al lavoro disponendo, ad es., che per la perdita totale della facoltà visiva di un occhio è dovuto il 35 per cento della indennità massima assicurata, e che se la perdita di questa facoltà sia soltanto parziale — verbigrazia, di due terzi — la indennità va proporzionata al grado della indennità perduta, in modo che debbonsi liquidare 23.333... della indennità massima suddetta e ciò sempre senza tener conto dello speciale mestiere cui era addetto l'infortunato.

L'ultimo capoverso dell'articolo 95, al pari di quello dell'art. 74 del vecchio regolamento, ha stabilito *a priori* l'indennizzo pel caso di invalidità permanente parziale; colla sola differenza che, mentre l'art. 74 stabiliva una misura unica ed invariabile per tutti i casi di invalidità (ivi chiamata *paralisi*) permanente parziale del medesimo membro od arto, il regolamento vigente vuole che caso per caso si determini la proporzione tra la completa funzionalità di un membro, arto od organo, e il grado di attività perduto in conseguenza dell'infortunio. Dopo che i medici hanno constatato tale rapporto, al giudice non resta altro compito se non quello di moltiplicare quest'ultima frazione (che nella specie era due terzi) coll'altra per lo più (nei 21 casi più frequenti) determinata dal legislatore (e che, nel caso concreto, era 35 per cento). Il terz'ultimo capoverso dell'art. 95, ove si parla di effettiva diminuzione dell'attitudine al lavoro — ma si impone anche di seguire possibilmente le norme degli altri alinea del medesimo articolo — è stato ispirato da considerazioni speciali, e cioè dagli inconvenienti cui dava luogo l'applicazione del penultimo comma dell'art. 74 del vecchio regolamento (specialmente trattandosi della perdita di più dita della stessa mano o dello stesso piede), nè può pertanto invocarsi in contrario. Piuttosto si

essere evidente che con questa seconda disposizione la legge intese di risarcire la diminuita *funzionalità fisiologica* in contrapposizione della diminuita *funzionalità lavorativa*, di cui al paragrafo precedente, dettato da una norma fissa e inderogabile, perchè si parla puramente e semplicemente di funzionalità perduta senza far cenno alla diminuita attitudine dell'operaio al lavoro, della quale si era fatto espressa menzione nel capoverso precedente.

Ma tutto questo ragionamento è contrario non solo alla dottrina comunemente ricevuta nella materia, ma alla lettera ed allo spirito dello articolo invocato, e più specialmente all'intero sistema della legge sugli infortuni.

E per verità è troppo noto che, propostosi il legislatore il problema di risolvere con legge la questione degli infortuni sul lavoro, problema che pel moltiplicarsi prodigioso delle industrie in ogni angolo d'Italia era socialmente urgente definire legislativamente, gli si presentavano due sistemi ben delineati e distinti, aventi ciascuno per sè egualmente, sebbene in diversa proporzione, le norme della equità e giustizia che devono essere applicate in vertenze congeneri; quello cioè, che la difesa del sinistrato invoca in suo favore, di dover assicurare agli operai addetti all'industrie la loro incolumità fisica organica normale fisiologica, e quello, che è difeso dalla società convenuta, di assicurare all'operaio la semplice incolumità lavorativa professionale economica, siccome quella che doveva essere oggetto particolare di provvedimenti immediati da parte del legislatore, per riparare a quello che era il fine precipuo delle universali preoccupazioni pel continuamente crescente e sempre maggiormente minacciante pericolo industriale, il quale, in quello stato legislativo, si trovava quasi unicamente raccomandato alla pietà degli intraprenditori ed alla carità pubblica.

In questo giudizio di opportunità, di competenza esclusiva del legislatore, esso ha scelto il secondo sistema, siccome quello che assicurava all'operaio sul lavoro la sua potenzialità lavorativa sulla base del salario che godeva nel momento dell'infortunio, che prestava al danno nascente dall'industria, quella protezione che urgentemente si reclamava, e lasciava la incolumità personale in genere sotto la tutela della legge comune sopratutto nel caso di colpa dell'imprenditore.

---

potrebbe forse sostenere che gli autori del regolamento 13 marzo 1904 hanno voluto stabilire delle presunzioni *juris tantum*, non ricorrendo gli estremi dell'art. 1353 c. civ.; o che, se essi vollero stabilire delle presunzioni *juris et de jure*, l'art. 95 può essere tacciato di incostituzionalità, non essendo stato redatto in virtù di un mandato legislativo, a differenza del surricordato art. 74 del vecchio regolamento (cfr. art. 10 della legge 17 marzo 1898, numero 80). Non ci consta però che quest'ultima tesi sia stata mai sostenuta; e ad ogni modo dovrebbe allora permettersi all'operaio di dimostrare che, dato lo speciale mestiere cui era adibito, la perdita della sua produttività economica in conseguenza di una paralisi parziale supera la percentuale indicata nell'art. 95. All'altra tesi poi è contraria la prevalente dottrina e giurisprudenza. Secondo il BRUNO, *Digesto italiano*, voce *Infortunio sul lavoro*, pag. 828; *allorquando le perdite corrispondono esattamente a quelle indicate* — nell'art. 95 — *non è neanche dato di calcolare su di una riduzione diversa da quella preveduta, giacchè il regolamento le ha stabilite per delegazione legislativa, e quando non si tratti di un salario effettivamente ridotto, nel qual caso il dato di fatto ha la prevalenza sulla presunzione legislativa che è juris tantum, si deve rispettare tale presunzione*. Si consultino pure sull'argomento, e su questioni analoghe e connesse, il commento del BORTOLOTTO, num. 7, pag. 37, il commento del COCITO, pag. 126 e seg., il commento dell'AGNELLI, pag. 207 e segg., e il manuale del SALVATORE, pagg. 77-78, num. 74.

Diverso dal nostro è il sistema della legge germanica, la quale non contiene elenchi e nei casi di invalidità parziale impone semplicemente al giudice di tener conto della diminuzione della attitudine a guadagnare.

Però anche in Germania si è ritenuto che non si debba tener conto soltanto della speciale attività professionale dell'infortunato (*Amtliche Nachrichten des Reichs-Versicherungsamts*, anno 1888, pag. [illegible], n. 457). Inoltre è stato deciso che il diritto all'indennizzo non è escluso dalla circostanza che all'infortunato si seguiti, dall'industriale presso cui è rimasto, a corrispondere il medesimo salario (ibidem, anno 1886, pag. 251, n. 211). Nello stesso senso si è pronunciata la Corte regolatrice di Francia (sentenza 19 gennaio 1903, in *Journal di Palais*, 1903, 335) e quella di Roma (sentenza 14 novembre 1904, in *Legge*, 1905, 10).

Ricordiamo infine che la questione trattata dalla sentenza in commento va studiata anche in rapporto all'altra questione delle *concause*, anteriori o posteriori all'infortunio, dalle quali possa venire aggravata la invalidità dell'infortunato.

T. G.

E che questo sia il sistema della legge basterebbe a dimostrarlo l'esame minuto dei singoli incisi che compongono lo invocato articolo 95 del regolamento in relazione coll'articolo 9 della legge 31 maggio 1904, testo unico organico della materia.

Ma è abbastanza facile persuadersi che, ove la legge avesse avuto per suo obbiettivo quello di assicurare all'operaio sul lavoro la sua incolumità personale organica, fisiologica, normale, ben altri criteri, oltre quello della scemata potenzialità professionale lavorativa, indicata dalla diminuzione del salario, avrebbe dovuto tener presenti; perchè il risarcimento reclamato dallo stato organico leso comprenderebbe ben altri coefficienti, e certamente i danni delle conseguenze patologiche della lesione, e così la durata della malattia, i dolori sofferti, l'ozio forzato, le spese sopportate, criterii tutti che, se togli il carico fatto agli intraprenditori dell'assistenza immediata medica e farmaceutica (art. 9 legge e 97 Regolamento) ordinata in via di polizia, sono affatto trascurati dalla legge vigente.

La quale nell'art. 9 ha adottato come concetto informativo, generale, che l'indennità assicurata all'operaio sia proporzionata alla effettiva capacità di lavoro perduta determinata dal minor salario che le conseguenze dell'infortunio saranno presumibilmente per produrre nello infortunato, e pel caso di inabilità permanente parziale, come nella specie, disse che l'indennità sarà eguale a 6 volte la parte di cui è stato o può essere ridotto il suo salario annuo, che agli effetti del presente capoverso non potrà mai essere considerato inferiore a L. 500; cosicchè la misura di questa indennità sarà sempre proporzionata alla potenzialità del danno professionale patito, astrazione fatta da ogni altro danno (Istruz. per l'esecuz. della legge 5-5-04, V).

Questo sistema aveva il vantaggio di rendere la legge più pratica, sia dirimpetto allo industriale, cui segnava come indice dell'assicurazione il salario guadagnato dall'operaio sia dirimpetto allo assicuratore, cui facilitava l'assunzione dei rischi industriali, sia dirimpetto allo stesso operaio riguardo al quale la legge speciale completava la tutela del diritto comune in allora imperfetta, e per questa sua praticità ebbe la preferenza del legislatore.

E questo sistema ebbe il suo svolgimento negli articoli 94 e 95 del regolamento. Recita il primo: « deve ritenersi come invalidità permanente assoluta la conseguenza di un infortunio, la quale tolga completamente e per tutta la vita l'attitudine al lavoro. Deve ritenersi come invalidità permanente parziale la conseguenza dell'infortunio la quale diminuisce essenzialmente e per tutta la vita l'attitudine al lavoro; e nell'articolo successivo (95) esemplificando in 23 distinti incisi i casi più comuni di perdita totale di membra, arti ed organi, determina per ciascun caso previsto, agli effetti dell'indennità la proporzionalità secondo la quale il salario si considera ridotto; nel 24. capoverso, poi, prevede il caso di perdita di più membra, arti ed organi o di più parti del medesimo organo, e ribadisce la stessa norma per lo indennizzo, della funzionalità lavorativa perduta, colle parole già riferite, cioè: la riduzione del salario deve essere determinata di volta in volta, tenendo conto di quanto effettivamente in seguito all'infortunio è stata diminuita l'attitudine al lavoro e seguendosi possibilmente le norme indicate nel presente articolo per le riduzioni corrispondenti alle singole lesioni.

Ora se l'articolo stesso, terminandosi col 95 capoverso, soggiunge: « quando invece le membra, gli arti o gli organi siano resi soltanto parzialmente inservibili, la riduzione del salario si determina sulla base della riduzione assegnata per la perdita totale di essi, in proporzione del grado di funzionalità perduta senza che però la riduzione medesima possa essere inferiore al 5 per cento »: è egli possibile attribuire a queste parole *funzionalità perduta* un significato diverso da quello evidentemente dal legislatore attribuito in cadauno dei 23 primi incisi? Tale significato ribadito espressamente nel capoverso pel caso di lesioni a più organi o parti di organi, nel senso di diminuita attitudine al lavoro; nè si può credere sul serio che, in quest'ultimo caso di parziale inservibilità, il legislatore, mutando di punto in bianco il sistema della legge, abbia inteso parlare di *funzionalità fisiologica perduta*, e non, invece, che mantenedosi coerente al sistema adottato abbia affermato anche per questi casi di minor danno la permanenza della medesima norma, costantemente mantenuta, di diminuita attitudine al lavoro, tanto più che riferendosi per unità di misura dell'indennizzo egualmente al salario, ha egualmente per questo caso richiamata la perduta proporzionale funzionalità lavorativa.

Certamente, se si potesse, farebbe maggior comodo all'infortunato di avere la norma fissa del suo stato fisiologico normale diminuito dopo la lesione sofferta, norma che lo dispenserebbe da ogni ulteriore ricerca pel computo dell'indennità dovutagli; ma non vi è però motivo, e nè il Tribunale, nè la Corte seppero indicarlo, che giustifichi la pretesa che il legislatore pei casi di minore importanza abbia voluto abbandonare il sistema tenuto pei casi più gravi, sistema che si è dimostrato avere informato l'intera organizzazione della legge.

E' dunque una vera supposizione del Tribunale e della Corte quella che l'ultimo citato capoverso dell'art. 95 del regolamento esplicitamente abbia fissata la misura del risarcimento pel caso di parziale inservibilità di un membro, arto od organo nella proporzionalità matematica della funzionalità fisiologica perduta, come è mera supposizione che la legge abbia fatto tal deroga al proprio sistema nei vari casi siccome si perita la sentenza della Corte di affermare senza darne la prova; e dovendosi invece ritenere il contrario, giusta l'esatta interpretazione della legge, le conclusioni della sentenza non possono essere approvate. Tra quest'ultimo capoverso che termina l'articolo e il contesto di tutto il rimanente delle disposizioni dello stesso articolo non vi ha contrapposizione di sorta, ma quella nè è invece un corollario conseguente e indeclinabile.

E' poi logicamente evidente che nei casi di inservibilità o perdita permanente totale o parziale di membra, arti od organi, non sempre corrisponde un'equazione assoluta tra la entità organica della lesione e l'impedimento apportato alla facoltà lavorativa; anzi è notorio che, quando trattasi di membra, arti ed organi doppi la funzionalità del conservato si rafforza, si rinvigorisce e supplisce nella vita pratica in parte alla mancanza od alla deficienza del corrispondente perduto o leso, in guisa che la funzionalità lavorativa potrebbe trovarsi in proporzione diversa dalla diminuita funzionalità fisiologica nel soggetto leso; è perciò consentaneo all'articolo 94 citato che l'invalidità riportata per tutta la vita venga misurata nella sua essenzialità di attitudine al lavoro e non fisiologicamente astrazion fatta da quella; e sarebbe una vera contraddizione nella legge se si ammettesse che quella valutazione, che si verificherebbe normalmente nel caso di perdita totale di membra, arti od organi, non dovesse a maggior ragione osservarsi nei casi di danno minimo per semplice invalidità permanente parziale, in cui le conseguenze dello infortunio diminuissero, bensì in parte ed essenzialmente per tutta la vita, l'attitudine al lavoro, ma in sproporzione colla funzionalità fisiologica perduta.

Accade frequentemente nella pratica verificarsi infortuni che hanno bensì lasciato postumi permanenti di natura anatomica funzionale, ma in grado lievissimo e tale da non diminuire essenzialmente e per tutta la vita l'attitudine al lavoro. E questo fatto la legge stessa dovette prevedere, dichiarando che per la perdita totale di un solo dito del piede non si corrisponde alcuna indennità.

Nella specie perciò male la sentenza impugnata respinse le prove ulteriori dedotte dalla Zurigo per accertare la proporzianalità lavorativa dello infortunato, e la sentenza della Corte che conferma quella del Tribunale deve essere annullata.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

27 agosto 1906, n. 665

Pugliese, *Pres.* — La Terza, *Est.*

Mulas e Cardia (avv. *F. Alzeri*) contro Depace ed altri (avv. *A. Sacchi*).

Una sentenza che autorizza la vendita in base ad una cambiale non trasmuta il credito da cambiario in civile, ove non abbia interloquito sul credito stesso (1).

(1-2) Riteniamo non esatta questa tesi. A noi sembra che, poichè la sentenza di autorizzazione a vendere viene emanata in seguito a citazione del debitore espropriato, questi si trovi nella stessa situazione in cui trovasi ogni convenuto in giudizio, ossia nella situazione necessaria di far valere le eccezioni che stima competergli contro la pretesa di subasta. Ora, se il debitore non si difende e lascia passare in cosa giudicata la sentenza diretta a spogliarlo dei propri beni, è assurdo, ingiusto ed immorale che possa più tardi insorgere contro tale sentenza, impugnando l'esistenza di quel debito che ha fatto nascere la sentenza medesima.

In altre parole, l'esistenza del debito è il presup-

La detta sentenza neppur interrompe il corso della prescrizione cambiaria, se la colpisce la perenzione che travolge l'istanza di esproprio (2).

Il magistrato non può tener conto di eccezioni proposte nelle note autorizzate, soprattutto se di coteste note non abbia avuto comunicazione la parte avversaria (3).

La Corte, ecc. — Osserva che a torto gli eredi Cardia si dolgono della sentenza della Corte; imperocchè, se la istanza di espropriazione del loro autore rimase in abbandono per più anni dall'ultimo pronunziato, e quindi divenne inefficace e non avente più virtù interruttiva, e se il loro credito cambiario, contro di cui si era eccepita la prescrizione, metteva capo al 1893, è chiaro che questa doveva riconoscersi e dichiararsi.

Senonchè i ricorrenti col primo e secondo mezzo affermano che, essendo intervenute nel corso del procedimento le due sentenze del 31 dicembre 1894 e del 25 agosto 1895, la prescrizione non potè verificarsi, perchè con la prima mutossi l'azione cambiaria in quella di giudicato che è prescrittibile solo in trenta anni, essendosi riconosciuto il diritto degli eredi di Camillo Cardia a procedere su tutti i beni di spettanza degli eredi di Luigi Cardia, non esclusi i propri, per la loro qualità di eredi puri e semplici, e perchè con la seconda, se venne a ferirsi cotesto loro diritto, non essendo stata notificata e restando sospeso il corso della perenzione durante il termine di appello, il credito rimase in vita.

Coteste due affermazioni non hanno base.

Non regge la prima, imperocchè la sentenza del 1894, considerata dagli stessi giudici, che la emisero, d'indole del tutto provvisoria, fu posta nel nulla, e però mal ci si richiama ad essa Oltre a ciò, con la medesima non s'interloquì sul credito degli istanti da ritenere che all'azione cambiaria si fosse sostituita quella del giudicato; essa autorizzò solo la vendita, comprendendo tra i cespiti precettati anche il fondo per il quale si era avanzata domanda in separazione; di guisachè l'azione rimase quale era, azione cioè cambiaria.

Non regge la seconda, inquantochè, pronunziata la sentenza del 1895, essi eredi Cardia avevano strettissimo obbligo di procedere oltre, sia promovendo la vendita dei beni non reclamati, non essendosi dichiarata la sospensione, sia appellando dalla cennata sentenza. E cotesto obbligo derivava, oltre che dall'articolo 2085 del codice civile, ancora dall'articolo 700 del codice di procedura civile, il quale mal si dice inapplicabile nella specie, quando fu proposta una vera e propria domanda in separazione, come anche erroneamente si afferma non essere lecito consentire più espropriazioni di fronte al detto art., che ne rimette l'esame al prudente arbitrio del Tribunale.

Nè si dica che la suddetta sentenza non sia stata ancora notificata e che quindi, durante il termine per appellare, rimane il corso della perenzione sospeso; imperocchè essi eredi Cardia non dovevano attendere cotesta notificazione in vista dei citati articoli; nè poi è dato trar profitto da una propria inadempienza. Se dovevano senz'altro procedere, incombeva loro il debito di notificare quella sentenza, qualora ciò avessero creduto indispensabile; altrimenti rimarrebbe in balia del creditore il corso della procedura, il che è un assurdo giuridico.

I suddetti due mezzi, adunque, senza indugiare in ulteriori ragionamenti, debbono respingersi. E deve anche respingersi il terzo, col quale si afferma che siasi dedotto avanti i giudici di merito che, pure ammessa la prescrizione dell'azione cambiaria, ciò non importava la prescrizione del credito e la Corte non se ne occupò: imperocchè alla denunciata sentenza non può farsi la censura suddetta, non avendo gli attuali ricorrenti, in prima come in seconda istanza, accenna o che si trattasse di un credito d'indole civile o semplicemente commerciale; di modo che la

---

posto della sentenza di autorizzazione a vendere, cosicchè, passata in giudicato cotesta sentenza, non è dato più discutere il diritto del creditore ad esser pagato e resta conferita sanzione giudiziale alla esistenza ed esigibilità del credito in discorso, il quale è salvato, per l'avvenire, dalla prescrizione più breve che, per avventura, avrebbe colpito in origine l'azione dichiarativa che lo concerne.

Questi concetti sono inspirati alle acutissime osservazioni del prof. MORTARA su di un argomento che a noi sembra affine all'attuale (cfr. *Commentario del Cod. e delle leggi di proc. civ.*, vol. II, n. 450 e seg.).

(3) Veggasi in senso conforme la stessa Cass. Roma 3 aprile 1906, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 385, con richiami giurisprudenziali nella nota.

Corte non doveva portare il suo esame su questione che non era stata sollevata.

E' vero che in una nota scritta pel consigliere relatore si fece parola della cennata deduzione. ma questa nota non poteva esser tenuta presente. tanto più che non se ne era data comunicazione alla parte avversaria.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

10 settembre 1906, n. 666

Pugliese *Pres.* — Niutta *Est.*

Rampini (avv. *N. Santomartino* e *G. Petragnani*) contro Minoja (avv. *A. Sandrini*).

Quando l'oggetto della domanda rimane nei limiti della competenza pretoriale, il pretore può tener presente anche un contratto di valore superiore alla competenza propria, purchè i termini del contratto stesso non siano impugnati (1).

Per il calcolo del valore ai fini della competenza non può tenersi conto delle eventuali ragioni che alla parte convenuta possono competere, soprattutto per danni, a seguito del rigetto della domanda attrice (2).

Eccepitosi, per determinare la competenza territoriale del giudice adito, che una convenzione fu stipulata in luogo diverso da quello che pretende l'attore, bene il giudice ammette un mezzo istruttorio, come la prova testimoniale, per decidere su cotesta eccezione (3).

Quando la prova per testi è domandata in un caso in cui essa sarebbe vietata dal codice civile, il tribunale che giudica in sede commerciale può ammetterla in base all'art. 44 cod. comm. senza spiegare i motivi per i quali la consente (4).

La Corte, ecc. — Osserva che si dolgono i ricorrenti, col primo motivo, di avere il Tribunale respinta la loro eccezione d'incompetenza del Pretore per ragion di valore, mentre, avendo così impugnato l'inadempimento del contratto di compra-vendita dell'olio che volevasi loro addebitare, veniva in tal guisa in questione lo stesso contratto originario, il cui valore era al certo superiore alla competenza del Pretore.

Che siffatta censura debbasi ritenere del tutto priva di fondamento, avendo il Tribunale giustamente osservato che, quand'anche per risolvere la controversia si avesse dovuto tener presente il primitivo contratto, il cui contenuto, qual'era stato esposto dall'attore, non era stato punto impugnato dal convenuto, la causa rimaneva sempre di competenza del Pretore, dappoichè il Minoia non aveva chiesto se non la restituzione di lire 500, come residuo del prezzo pagato, ed altre partite che, cumulate con la prima, non eccedevano i limiti della competenza del giudice singolare.

Che la questione era, quindi, limitata a vedere se il Rampini fosse tenuto a pagare non più che le indicate somme come conseguenza del fatto di essersi reso inadempiente alla detta convenzione; onde il maggior valore che questo avesse avuto non poteva essere di ostacolo alla conoscenza del Pretore, quando l'oggetto della domanda rimaneva sempre nei limiti della competenza di questo magistrato ed i termini dell'originario contratto non erano neppure impugnati.

Che non giova obbiettare che col libello fosse stato chiesto anche il risarcimento dei dan-

---

(1) Anche la Cass. Palermo 13 febbraio 1904, *Foro Sic.*, 1904, 137, decise che la competenza per valore relativa al pagamento di una somma è determinata dalla domanda, e nulla rileva, giuridicamente, la dipendenza della medesima da maggior negozio giuridico, se questo non è controverso.

Cfr. la stessa Corte palermitana nella decisione 9 maggio 1904, *Circ. giur.* 1904, 131.

Si consulti pure la Cass. Roma 23 novembre 1905, in questa nostra Raccolta, 1906, pag. 25.

(2) E' naturale. Il magistrato deve giudicare sulla controversia che gli viene sottoposta e non già su quello che sta al di fuori della controversia e dipende dalla risoluzione che in uno od in altro senso possa venir data alla controversia medesima.

(3) Cfr. MATTIROLO, *Tratt. di dir. giur. civ. ital.*, 4. ediz., vol. I, n. 859, pag. 746-747, con richiami in nota.

La giurisprudenza francese opina, al contrario, che, sollevata dal convenuto la controversia sul luogo in cui la convenzione fu conchiusa, cessa senza altro la competenza speciale di cui al nostro articolo 91 Cod. proc. civ. (DALLOZ, *Recueil*, 1865, 2, 165).

(4) E' questo il solito errore, in cui persevera la nostra Corte di Cassazione, nonostante che il MORTARA lo abbia messo a nudo nello studio altamente suggestivo che può leggersi in nota all'altra decisione 23 maggio 1906 della stessa Corte, decisione inserita nella presente Raccolta, anno corr., pag. 1.

ni-interessi, giacchè, come rilevasi dall'impugnata sentenza, codesti danni erano stati dal medesimo attore determinati nella somma di lire 400 che, aggiunta alle altre, non faceva uscire la domanda dai limiti assegnati alla competenza del Pretore, ed essi non altrimenti venivano chiesti se non come ulteriore conseguenza dell'allegato inadempimento dell'obbligazione.

Che non vale neppure addurre che gli effetti del presente giudizio avrebbero potuto eccedere ciò che era l'importare della domanda accolta o rigettata sia perchè il convenuto avrebbe potuto proporre una domanda riconvenzionale, sia perchè, ove la domanda principale venisse rigettata, avrebbe potuto egli chiedere in un successivo giudizio, istituito contro l'attore, il risarcimento dei danni arrecatogli colla improvvida domanda.

Che, quando alla domanda riconvenzionale, essa non fu proposta e non potevasi, quindi, tener conto dell'astratta sua possibilità per la determinazione della competenza, mentre, per quel che riguarda le eventuali future istanze che potessero spettare al convenuto, laddove fosse per rigettarsi la domanda dell'attore, egli è manifesto che sarebbero rimaste sempre al di fuori dell'oggetto della lite contestata, se ad esse poteva dar luogo soltanto il fatto dell'eventuale rigetto della domanda ora proposta; e sarebbe del tutto strano che il giudice adito avesse a declinare la propria competenza solo perchè, dato il caso che egli non trovasse fondata la domanda dell'attore, il convenuto potrebbe ricavare da cotesta pronunzia una ragione per istituire a sua volta contro di quello un giudizio di danni e interessi.

Che l'assunto dei ricorrenti potrebbe essere ammesso solo quando, con l'eventuale rigetto della domanda, venissero ad essere pregiudicati diritti e ragioni che difendessero tal punto di disputa risoluto, non mai nel presente caso in cui le asserite diverse ragioni potrebbero trovar fondamento non già nell'obbietto caduto in controversia, ma nell'esito negativo che il giudizio fosse per avere per colui che lo promosse. Che a togliere infine ogni replica su questo primo mezzo del ricorso sta il fatto, ritenuto colla impugnata sentenza, che il Minoja anche col libello originario, e non colle sole comparse successive, pose come causa immediata della sua domanda un posteriore contratto con cui sarebbe stato risoluto di mutuo accordo quello primitivo, obbligandosi il Rampini a restituire nulla di più che quanto veniva domandato.

Che non meglio consistente del motivo testè esaminato apparisce il secondo col quale si sostiene che anche la competenza *ratione loci* avesse a determinarsi in base del contratto di compravendita dell'olio, inquantochè a tenore del medesimo la consegna della merce ed il pagamento del prezzo dovevano eseguirsi in luoghi che erano fuori della giurisdizione del Pretore di Aquila.

Che avendo l'attore affermato che a quel contratto seguì un posteriore accordo avvenuto in Aquila con cui il Rampini aderì alla risoluzione amichevole della compravendita, riconoscendo di dover restituire il prezzo pagatogli in conto e le partite di spese, ben giudicò il Tribunale che, ove ciò sussistesse, la competenza non poteva essere se non del Pretore di Aquila; ma poichè non risultava ancora ben dimostrato che veramente in Aquila fosse avvenuta la detta convenzione, così anche a buon diritto il medesimo Tribunale dispose la prova orale subordinatamente chiesta dal Minoja per dimostrare il suo assunto.

Che mal qui si oppone che fino a quando non fosse chiarito di essere il Pretore competente, non era dato al medesimo di ordinare prove che toccavano anche il merito della controversia.

Che assumendo l'attore di essere la convenzione posta a base della sua domanda avvenuta in Aquila e che quivi doveva essere eseguita, tostochè il convenuto impugnava cotesto fatto, non restava che disporre all'uopo le prove convenienti colle quali non veniva ad esser pregiudicato il merito della domanda, prima che fosse decisa la questione di competenza, ma era invece riservato ogni giudizio sull'uno e sull'altro punto, siccome chiaramente ebbe a dire il Tribunale; essendo manifesto che ove fosse per risultare dalla prova disposta che nè in Aquila ebbe luogo il contratto, nè quivi avevasi ad eseguire l'obbligazione, non potrà il Tribunale non dichiarare la incompetenza del Pretore adito, limitando a questo solo effetto la cognizione dei risultati degli esami testimoniali.

Che col terzo mezzo si censura la sentenza per aver ammesso la prova orale a fine di farne risultare la esistenza di una transazione, la quale richiede la scrittura come una condizione sostanziale.

Che indipendentemente da ogni altra considerazione basterà notare per togliere alla detta censura qualsiasi consistenza, che nè di transazione parlarono mai le parti, nè il tribunale ha ritenuto che di cotal contratto si trattasse.

Che trattavasi invece di una convenzione con cui sarebbe stata di mutuo accordo risoluta una convenzione preesistente, e ciò per avere uno dei contraenti mancato ai patti convenuti, sicchè sarebbesi obbligato a restituire tutto ciò che in forza del non adempiuto contratto aveva ricevuto, senza che l'altro contraente rimettesse nulla dal proprio canto.

Che viene così a mancare ogni ragione anche all'appunto di mancata motivazione per non aver il Tribunale espressi i motivi per cui ha creduto di ammettere la prova orale, in un caso in cui essa sarebbe vietata dal Codice civile.

Che il Tribunale ha detto di essere la prova orale consentita dall'art. 44 del codice di commercio, e nulla più occorreva che aggiungesse per giustificare la sua pronunzia.

Che per le esposte ragioni il ricorso deve essere rigettato.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

24 settembre 1906, n. 678

Pagano, *Pres.* — Riccobono, *Est.*

Zolati (avv. *E. Santangelo-Pulejo*) contro Ricovero di Mendicità di Bologna (avvocato *L. Baratelli* e *G. Bellini*).

La negata conferma del gratuito patrocinio, accordato in via di urgenza, non rende irricevibile il ricorso per cassazione e gli atti compiuti sino allora, ma soltanto obbliga il ricorrente ad eseguire il deposito per multa ed a soddisfare il costo degli atti prenotati a debito (1).

Se, nonostante qualche singolo atto di molestia, il molestato sia rimasto sempre nel possesso della sua cosa, l'anno utile per l'esperimento dell'azione di manutenzione, e tanto più dell'azione di spoglio, comincia a decorrere dall'ultimo atto di turbativa e non dai primi (2).

In Corte di cassazione non è consentita la produzione di un nuovo documento per indagini non fatte dinanzi al giudice del merito (3).

Deve reputarsi violento lo spoglio che si compie contro la volontà anche solo presunta del possessore e con vie di fatto che cadono puramente sulla cosa formante oggetto dello spoglio (4).

La Corte ecc. — Attesochè col suo controricorso il Ricovero di mendicità avea dedotta la irricevibilità del ricorso per il motivo che non sia stato confermato il beneficio del gratuito patrocinio, accordato al ricorrente in via di urgenza; senonchè tale eccezione riesce oramai priva di consistenza, sorgendo dagli atti che, notificatagli la deliberazione che negavagli definitivamente il beneficio, presentò in Cancelleria il certificato di deposito per la multa, essendo risaputo che la negata conferma del beneficio accordato in via di urgenza non rende nullo il ricorso, e gli atti sino allora eseguiti, ma obbliga soltanto il ricorrente ad eseguire il deposito per dar luogo alla discussione del ricorso e l'obbligo a soddisfare il costo degli atti giudiziari già compiuti, i quali rimangono perciò stesso validi nei rapporti delle parti a questa sola condizione del soddisfacimento dei diritti dell'erario.

---

(1) Conformi: stessa Cass. Roma, 23 marzo 1900, *Giur. ital.* 1900, 1, 1, 939, Cass. Palermo, 31 maggio 1900, *Foro sic.* 1900, 328, e Cass. Napoli 25 maggio 1903, *Foro ital.* 1903, 1, 1092.

La Cass. Torino 25 febbraio 1899, *Legge* 1899, 1, 729, decise, invece, che il ricorrente non è tenuto, in seguito alla mancata conferma del gratuito patrocinio, a regolarizzare col bollo gli atti già prenotati a debito, ossia presentati in carta libera.

(2) Si consulti per l'opportuno raffronto la sentenza 9 novembre 1905 della Cass. Roma, est. GIORDANI, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 5[illegible].

(3) Se questo insegnamento è pacifico, non è men vero, però, che la Cassazione può prendere in esame i certificati e documenti prodotti dalle parti allo scopo di stabilire se il ricorso fu notificato alla residenza dell'intimato (Cass. Firenze 5 febbraio 1903, *Temi ven.* 1903, pag. 246).

(4) Negli eguali termini trovasi pubblicata su questa Raccolta, anno 1906, pag. 370, la sentenza del Trib. civ. Roma 20 giugno 1906, est. NOCE, in nota alla quale è trascritta altra conforme e veramente lodevole sentenza della Pretura di Castelnuovo di Porto, est. BERRUTI.

Atteso in merito, che col primo mezzo si denunzia la violazione e falsa applicazione degli art. 694, 695 in relazione all'art. 698 per avere il Tribunale ritenuto come promossa in termine utile l'azione possessoria del Ricovero di mendicità, computando il termine dal giorno dello abbattimento delle quercie, mentre dovea computarsi da atti anteriori di molestia, i quali risalivano al 1899.

A tal uopo, da una parte si dice erronea la massima accolta dal Pretore e confermata dal Tribunale, che, cioè, trattandosi di una serie successiva di atti di turbativa che si appalesano commessi, e disponendo la legge che l'azione si debba proporre dentro l'anno dalla molestia, essa viene esercitata in tempo utile da chi agisce dentro l'anno dall'ultimo atto, e si sostiene in contrario che, anche per la lettera della legge, la quale parla di molestia, se questa è indotta da reiterati atti, vale anche il primo a costituirla e però da questo incomincia a decorrere il termine per l'esercizio dell'azione, mentre, se esso dovesse computarsi dal giorno dell'ultimo atto, la domanda potrebbe venir proposta utilmente non entro, ma dopo l'anno della molestia.

Si censura d'altra parte la sentenza denunciata la quale, ravvisando nella domanda del Ricovero il contenuto, non l'azione di manutenzione, come aveva opinato il pretore, ma quello della reintegranda, computò il termine utile dal giorno dello abbattimento delle querce, costituente l'atto di spoglio, come per sè stante, e indipendente dagli atti anteriori di semplice turbativa.

Attesochè sotto l'uno e l'altro riguardo il gravame dello Zolati si appalesa infondato.

Vuolsi anzitutto rilevare in fatto che il pretore, dicendo versare in tema di azione di manutenzione, riconobbe nel Ricovero di mendicità l'annuale possesso del terreno in cui le querce furono abbattute che a sua volta il Tribunale, con apprezzamento incensurabile ciò ritenne assodato pienamente dalle deposizioni testimoniali, diligentemente ricordati dalla sentenza appellata. Or la ragione del precetto di legge, che ritiene doversi l'azione possessoria proporre entro l'anno dalla molestia, riposa sul concetto che il decorrimento dell'anno abbia potuto indurre un mutamento nel soggetto dell'azione in quanto l'autore della molestia sia entrato, e per quel tempo rimasto nel possesso e perciò stesso egli abbia finito per acquistare l'azione di manutenzione, ciò che basta ad escludere che il molestato, per tale effetto, possa più oltre esercitare l'azione che egli ha perduto insieme al possesso. Ma, se nonostante qualche singolo atto di molestia, lo stato e il corso del possesso annuale non sia alterato, se, come nella specie ha ritenuto il giudice del merito, il molestato ha conservato l'annuale possesso, qualunque nuovo attentato gli dà il diritto all'esercizio dell'azione possessoria, non pregiudicata, nel suo termine, dal fatto di anteriori atti di turbativa.

Che sotto il secondo aspetto, in cui si voglia riconoscere, come ha fatto la sentenza denunziata, nell'abbattimento delle querce, la figura di un vero e proprio atto di spoglio, non riesce meno evidente di non dover aver riguardo alla esistenza di anteriori atti che per avventura abbiamo molestato il possesso, inquantochè, per l'indole della reintegranda, non si esaminano i caratteri del possesso, bastando un qualsiasi possesso o detenzione al momento dello spoglio, e la domanda della reintegra fatta entro l'anno, senza guardare, agli effetti dell'utilità di cotesto termine, se tale possesso o detenzione siano stati molestati da atti anteriori.

Pertanto non sussiste la violazione o falsa applicazione delle disposizioni di legge suindicate, nè il difetto di motivi lamentato nell'ultima parte del mezzo, senza alcuna specificazione e contradetti del resto dalla stessa sentenza denunziata.

Attesochè col secondo mezzo il ricorrente Zolati denunzia la violazione e falsa applicazione dell'art. 695 cod. civ. e degli articoli 360, 361, 517 cod. di proc. civile, ed assume producendo in prima volta la Corte di Cassazione una copia del verbale della sua presa di possesso del fondo in contesa in base ad aggiudicazione all'asta fiscale, che l'azione di reintegrazione non poteva essere ammessa, perchè non si riscontravano nel fatto i caratteri dello spoglio, mancando l'*animus spoliandi* in colui che ha mezzo di usciere e in forza di un titolo leggittimo di acquisto si fa immettere nel possesso del fondo comprato.

Che tal documento non fu mai esibito avanti il magistrato del merito, tanto è vero che il rilascio della predetta copia di verbale porta una data posteriore alla pubblicazione della sentenza denunciata.

Ciò che si pone in dubbio dello stesso ricorrente. Che dalla validità o meno di quest'atto agli effetti della questione dell'animus

spoliandi, non fu discusso come fa ora il ricorrente in Corte di Cassazione. Ora in Corte di Cassazione non è consentita la produzione di un nuovo documento se questo induca un'indagine non fatta avanti al giudice del merito. Non si può in Corte di Cassazione discutere di ciò che, sia pure diretto ad una più esatta definizione legale del fatto, non abbia costituita tema di esplicita discussione avanti al giudice del merito.

Che se per un istante, si possa discutere, vana del tutto si appalesa la deduzione anzidetta, in quanto ha per base il falso presupposto che, nell'azione di reintegra promossa dal ricovero, il fatto costitutivo dello spoglio consista nella presa di possesso operata al 1899; mentre invece ne ha firmato obbietto l'abbattimento delle querce nel novembre del 1903, quando cioè, per convincimento del giudice del merito, non ostante che si fosse proceduto alla formalità dalla presa di possesso. Questo venne conservato e si deteneva dal Ricovero al giorno dell'abbattimento delle querce anzidette

Che col mezzo stesso si censura inoltre la sentenza denunziata nella parte in cui ritenne l'estremo della violenza, non senza lamentare anche il difetto di motivi.

Respingendo l'assurdo della pretesa acquiescenza del possessore il Tribunale osservò che vi sia sempre violenza in tutto ciò che è operato contro la volontà espressa o presunta, ed è a presumersi che chi si trova nel pacifico possesso di una cosa non concorra mai con la sua volontà ad esserne spogliato, se questa espressamente non manifesta. o con fatti, atti a togliere ogni dubbio al riguardo.

Ora è manifesto che la mossa censura si traduce in un vano attacco contro il giudizio del magistrato del merito in ordine all'estremo della violenza, del quale esso dà sufficiente ragione quando ad un tempo accenna alla contraria volontà presunta dal possessore e al difetto di alcuno elemento atto a suffragare la pretesa acquiescenza all'atto di spoglio.

Simile giudizio è incensurabile in fatto, in quanto esso è attinto alle risultanze della prova, ed è incensurabile in diritto, essendo conforme alla dottrina. comunemente accolta, la quale, siffattamente immedesimando la detenzione materiale o naturale della cosa nella persona del detentore, dichiara doversi reputare violento lo spoglio che si compie contro la volontà anche solo presunta dal possessore, e con vie di fatto che cadono puramente sulla cosa formante oggetto dello spoglio.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

24 settembre 1906 n. 679

Pagano *Pres.* — Natale *Est.*

Di Battista (avv. *C. Camerini*) contro Macerelli e Di Battista (avv. *C. Mapei*).

La colpa del conduttore è sempre presunta in caso d'incendio della cosa locata (1).

La prova liberatoria, di cui all'art. 1589 *Cod. civile, incombe al conduttore per scagionarsi da ogni emenda di danni, anche quando il locatore abbia assunto egli di dimostrar la colpa del conduttore e non sia riuscito a dimostrarla* (2).

La Corte, ecc. — La impugnata sentenza, divagando sul fondamento giuridico delle obbligazioni del conduttore, mette in campo le teorie generali della custodia e dei rapporti fra il creditore ed il debitore in genere, senza considerare che, per la speciale disposizione dell'art. 1589 cod. civile, il conduttore è obbligato per l'incendio, sempre che non provi

---

1-2) T. BRUNO si occupa diffusamente della questione, recando anche esempi pratici, in *Digesto Italiano*, voce *Locazione*, n. 131 e seguenti. Egli scrive che « il conduttore, chiamato a rispondere dell'incendio, può difendersi con tutti quei modi che crede per escludere la propria colpa; può appigliarsi, se ne è il caso, ad una circostanza specifica, quale è il fortuito o la forza maggiore o il difetto di costruzione o il fatto di essersi comunicato il fuoco da una casa o da un fondo vicino, oppure, quando ciò non gli sia possibile, può dimostrare di aver sempre usata la diligenza di un accurato padre di famiglia e di non aver potuto, ciò nonostante, evitare il disastro ».

Su cotesta diligenza da parte del conduttore si veggano le sentenze dell'A. Ancona 1 giugno 1869 (*Giur. ital.* XXI, 2, 372) e dell'A. Venezia 23 giugno 1888 (*Legge* XXVIII, 2, 305). Quest'ultima sentenza della Corte veneta è interessantissima perchè contempla anche il caso che il fondo, colpito dall'incendio, trovisi assicurato all'uopo presso una Compagnia di assicurazione.

il caso fortuito o la forza maggiore, o il difetto di costruzione o l'accurata diligenza, o la comunicazione del fuoco da una casa o da un fondo vicino. Bastava non perder di mira il chiaro disposto dell'accennato articolo, per non consacrare nella sentenza il seguente enigmatico principio: « che la colpa, come causa d'incendio, deve provarla il creditore, quando il fatto addotto dal debitore sia uno di quelli che hanno l'impronta naturale del caso ». Non ci voleva molto a ravvisare che la colpa del conduttore è sempre presunta, per l'incendio, quando egli non provi, tra l'altro, di essere questo avvenuto per caso fortuito, qualunque possa essere l'impronta di cotesto caso.

La inversione dell'onere della prova, assunta dall'attrice Maria Di Battista, in luogo della convenuta Eleucheria Macerelli, non dispensava costei dall'obbligo di legge di dimostrare il caso fortuito, vagamente accampato. E se pure il Tribunale si fosse convinto del contrario, non occorreva di scrivere nella sentenza queste vaghe parole: « nella specie la prova testimoniale raccolta non ha posto in essere niuna colpa da parte del conduttore ». Imperocchè, o la prova dell'attrice doveva essere da lei fornita per legge, ed allora bisognava rigettare la domanda per la massima: *actore non probante, reus absolvitur*, senza disporre la esibizione della perizia penale, che l'attrice medesima non aveva invocata. Ovvero la prova doveva essere fornita dalla convenuta, ed allora bisognava accogliere la domanda, in base alla sola presunzione speciale sui risultamenti della prova, non bastando all'uopo le vaghe parole di sopra trascritte.

Sotto qualunque aspetto si consideri, adunque, la sentenza impugnata, essa si trova basata su criteri incerti, perplessi e deficienti, ond'è necessità di cassarla, rinviandosi la causa ad altro Tribunale, innanzi al quale si potrà pure provvedere, se ed in quanto occorrerà, alla riassunzione d'istanza per cangiamento di stato.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

24 settembre 1906, n. 680

Pagano, *Pres.* — Giordani, *Est.*

Esattoria consorziale di Avellino (avv. *P. Auletta*) contro Pelosi (avv. *G. Pierantoni*).

Le spese privilegiate sopra gli immobili subastati sono non soltanto quelle anticipate dal creditore espropriante per far respingere le eccezioni di nullità, le domande in separazione e qualsiasi altro incidente sollevato allo scopo di impedire la subasta, ma anche quelle che lo stesso creditore sostiene per far respingere, dopo la vendita, la istanza di annullamento di questa e la correlativa azione di rivendicazione. (1)

La sentenza che nei motivi non esaminò se le dette spese fossero o no privilegiate, e nel dispositivo si limitò a condannare la parte soccombente nelle spese senz'altro aggiungere, non forma ostacolo di cosa giudicata alla domanda di privilegio che per ciò si proponga nel consecutivo giudizio di graduazione. (2)

La Corte ecc. — Giusta l'art. 1961 del Codice civile il credito per le spese del giudizio di espropriazione dei beni immobili e di quello di graduazione, fatte nell'interesse comune de' creditori, è privilegiato sopra gli immobili espropriati, ed è preferito a qualunque altro credito.

Fra tali spese privilegiate si debbono certamente comprendere le spese anticipate dal creditore espropriante per far respingere le eccezioni di nullità del giudizio di esproprial-

---

(1-2) Naturalmente questa decisione, in quanto consente al creditore espropriante di ripetere con privilegio a carico della massa le spese erogate per far respingere le domande di separazione ecc., proposte *dopo lo incanto*, si riferisce al caso in cui trovisi tuttora aperto il giudizio di graduazione. A liquidazione compiuta, il creditore dovrebbe sopportare in proprio tali spese, non essendogli lecito d'insorgere contro il fatto a lui personale, il fatto cioè di aver permessa la chiusura del giudizio dei gradi senza contestazione di sorta.

Anche nel caso inverso, vale a dire in merito alle spese sostenute da chi ha fatto separare la sua proprietà od altro diritto reale in un giudizio di esproprio, la stessa Cassazione romana ha ritenuto competere a costui, per il rimborso di dette spese, il privilegio sulla massa (cfr. decis. 27 gennaio 1906, in questa Raccolta, 1906, pag. 156, con nota).

zione, le domande in separazione dei beni da espropriarsi e qualsiasi incidente proposto allo scopo d'impedire che la espropriazione abbia luogo, poichè queste spese sono fatte nell'interesse comune dei creditori.

Debbono parimenti comprendersi tra le spese privilegiate, di cui tratta il citato art. 1961 del cod. civ., tutte le spese, che il creditore espropriante sia costretto ad anticipare per far respingere la domanda, che, dopo la vendita degl'immobili subastati e durante il giudizio di graduazione, sia stata proposta contro lui e dell'aggiudicatario per l'annullamento di quella vendita e per la rivendicazione dei beni venduti, poichè anche in questo caso le dette spese sono fatte nell'interesse comune de' creditori concorrenti.

Ciò posto, la Corte di merito, come la Esattoria ricorrente sostiene col primo mezzo di annullamento, violò e falsamente interpetrò il citato art. 1961 del codice civile quando ritenne che il credito del ricorrente per le spese anticipate per far respingere l'azione di nullità della vendita del fondo espropriato e quella di rivendicazione del fondo medesimo, azioni proposte dai veri debitori dell'imposta, per la quale erasi fatta là espropriazione, cioè dai figli ed eredi di Concetta Festa, morta molti anni prima, non fosse privilegiato, e dovesse invece collocarsi tra i crediti chirografarii. Ad ogni modo la Corte di merito, come la ricorrente sostiene con lo stesso primo mezzo di annullamento, violò e falsamente applicò l'art. 80 del regolamento per la esecuzione della legge sulle imposte dirette, perchè, ammesso che i figli ed eredi di Concetta Festa, morta molti anni prima della espropriazione, potessero considerarsi come terzi e non già quali veri e propri debitori dell'imposta, per la quale la espropriazione si era fatta, anche in questo caso non si poteva negare alla ricorrente il privilegio per le spese da essa anticipate allo scopo di far respingere le azioni di nullità e di rivendicazione proposte dai detti eredi, essendo nel citato art. 80 stabilito che la somma ricavata da una vendita per debito d'imposta deve servire a pagare, in primo luogo, l'imposta e la sovrimposta, ed in secondo luogo le spese degli atti esecutivi in base alla tabella approvata ai termini dell'art. 69 della legge ed anche le spese di procedimento ordinario contro terzi.

Considerato che la Corte di merito, per escludere il privilegio invocato dalla Esattoria ricorrente, ritenne poi erroneamente, come col secondo mezzo di annullamento la ricorrente medesima sostiene, che al detto privilegio facesse ostacolo la cosa giudicata, resultante dalla sentenza pronunziata dalla Corte di Appello di questa città del 15 novembre 1904.

In vero sta in fatto che davanti la Corte di Appello di Roma la ricorrente chiese la condanna degli eredi di Concetta Festa al pagamento delle spese dell'intero giudizio, da porsi a carico della massa de' creditori con privilegio, e che quella Corte si limitò a condannare i detti eredi nelle spese, senza indicare se le medesime dovessero porsi a carico della massa de' creditori con privilegio, come la ricorrente aveva chiesto; ma sta anche in fatto che la Corte non esaminò, nelle considerazioni della sua sentenza, se la domanda della ricorrente per collocazione delle spese a carico della massa de' creditori con privilegio dovesse essere, o pur no, accolta; e quindi per il principio che la cosa giudicata non sia soltanto nel dispositivo di una sentenza, ma anche nei motivi, che costituiscono la ragione decisiva, da cui il dispositivo dipende come effetto da causa, non si poteva nel giudizio di graduazione opporre la detta sentenza del 15 settembre 1904 come cosa giudicata contro il privilegio chiesto dalla ricorrente Esattoria.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

1 ottobre 1906 n. 683

Pagano *Pres.* — Cerza *Est.*

Mezzoni (avv. F. Malatesta-Cole) contro Ministero dell'Interno (avv. erariale).

La cosa giudicata spiega il suo effetto non solo sul quantum disputatum, ma anche sul quantum disputari debebat (1) e assorbe essa.

---

(1) Cfr. in termini la stessa Cass. Roma 6 agosto 1906, in questo Palazzo di Giustizia, 1906 [illegible]. Analogamente la nostra Corte di appello, con pronuncia [illegible] febbraio 1906 (Palazzo di Giustizia, 1906, [illegible]) dichiarò che « il rigetto di una data azione o di una data eccezione per riconosciuta infondatezza dei motivi o mezzi di difesa addotti a sostegno dell'una o dell'altra, importa necessariamente rigetto di tutti gli altri motivi o mezzi di difesa che si sarebbero potuti addurre e che non lo furono ». Ve-

quindi, le istanze ed eccezioni dedotte, non meno che quelle le quali potevano dedursi e furono omesse.

Anche le sentenze interlocutorie possono acquistare autorità di cosa giudicata in ordine a questioni che, sebbene non contemplate nel dispositivo, stanno in tale rapporto col dispositivo, che questo appaia conseguenza logica, diretta ed immediata della risoluzione data nei motivi alle questioni medesime (2).

La Corte, ecc. — Osserva in diritto che il primo mezzo del ricorso, col quale si deduce la violazione degli articoli 1350, 1351 cod. civ. e 517 n. 8 cod. proc. civ. per essere la denunziata sentenza contraria ad altre precedenti, pronunziate fra le stesse parti, sul medesimo oggetto e passate in cosa giudicata, non può dirsi infondato.

E di vero, la Corte di merito non mette in dubbio che con le precedenti sentenze del Tribunale di Roma del luglio 1900 e del dicembre 1902 si sia costituito il giudicato sulla questione della proponibilità in genere dell'*actio de in rem verso* contro lo Stato per tutto ciò di cui eventualmente siasi arricchito in danno della signora Mozzoni. Però, dice pure la Corte che la cennata azione va intesa nel senso che chi la esercita debba fornire la prova non solo dell'esistenza dell'arricchimento, ma anche dell'ingiustizia del medesimo, e, come conseguenza di tale premessa, fa derivare la necessità, per la signora Mozzoni, di chiamare in causa gli eredi Bertani per giustificare uno dei due estremi della sua azione, cioè l'ingiusto arricchimento, affermando espressamente con la denunziata sentenza « che ove mai i detti eredi dichiarassero di avere il loro autore rinunziato a qualsiasi compenso contro il Governo, ovvero di essere stato il Bertani soddisfatto di tutte le spese all'uopo sostenute, il vantaggio o l'arricchimento eventualmente ritratto dallo Stato non sarebbe più illecito, indebito ed ingiusto, ma troverebbe la sua piena giustificazione o in un atto di liberalità del Bertani o nel rimborso delle spese a costui già fatto dall'amministrazione, e, nell'una e nell'altra ipotesi, la Mozzoni potrebbe, tutto al più, far valere le sue ragioni contro gli eredi Bertani, ma non contro lo Stato, che nessun indebito profitto avrebbe ritratto dall'opera sua. E poi — soggiunge la sentenza stessa— nemmeno potrebbe più parlarsi di ingiusto arricchimento, se gli eredi Bertani dichiarassero di voler conservare integra la loro azione contro lo Stato per l'esecuzione del mandato, e di aver regolato, o di voler regolare, direttamente con la Mozzoni i loro interessi, nella quale ipotesi potrebbe farsi la questione della spettanza o meno, alla Mozzoni, così dell'azione diretta contro gli eredi Bertani, come dell'azione surrogatoria contro lo Stato ».

Che, bene esaminando un tal ragionamento della Corte di merito, scorgesi chiaro che la stessa avrebbe avuto il dovere di dimostrare

---

dansi pure i precedenti conformi giudicati della Corte di Cassazione di Roma, da noi ricordati nella nota a quella sentenza; e si consulti anche la decisione 2 agosto 1904 della Corte d'appello di Roma (*Palazzo di Giustizia*, 1904, 116), la quale decise che, se in un giudizio di alimenti non fu contestato in primo grado l'estremo del bisogno, discutendosi soltanto su chi dovesse cadere in prima linea l'obligo di fornirli, non può la questione sullo stato d'indigenza sollevarsi per la prima volta in appello, dopo il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria dei primi giudici, che limitò l'obbietto della controversia alle questioni sollevate dalle parti. Della questione ci siamo occupati nella nota a pagg. 197-198 dell'annata 1905, ove sono citati parecchi precedenti giurisprudenziali, e nella nota 529-531 della medesima annata. Ci limiteremo quindi a ricordare, sulla questione del giudicato implicito, le seguenti decisioni: Cass. Firenze, 17 dicembre 1903 (*Giur. it.*, 1904, I, 1, 13), Cass. Pal. 14 aprile 1904 (*Temi Sic.*, 1904, II, 174), App. Venezia 11 maggio 1904 e 26 giugno 1904 (*Temi Ven.*, 1904, 819 e 841), App. Pal. 5 dicembre 1904, (*Circ. giur.*, 1905, 13), Cass. Roma 31 dicembre 1904 (Mortara, est. — in *Giur. it.*, 1905, I, 1, 286), App. Firenze, 14 febbraio 1905 (*Annali*, 1905, III, 57), Cassazione Roma 21 febbraio 1905 (*Riv. trib.*, 1905, 476), Cass. Firenze 27 febbraio 1905 (*Legge*, 1905, 968), Cass. Palermo 6 giugno 1905 (*Foro Sicil.*, 1905, I, 400) e Cass. Napoli 3 ottobre 1905 e 7 novembre 1905 (*Diritto e Giurispr.*, XXXI, 388 e 594).

(2) Quanto al valore di giudicato delle interlocutorie, può leggersi la dicisione 1 aprile 1905 della Cass. Roma (in *Cass. unica civile*, 1905, 115). Si consulti pure la decisione 23 gennaio 1906 della Cassazione di Torino (in *Giur. Tor.*, 1906, 597), e vedasi *Palazzo di Giustizia*, anno 1904, pag. 105, e anno 1905, pag. 116, 197 e 529.

Sulla *regiudicata* contenuta nella parte motiva vedasi Cass. di Tor., 2 aprile 1906 (*Legge*, 1906, 1474, con nota di richiami), e G. MALMUSI, in *Digesto ital.*, voce *Cosa giudicata* (civile), n. 36.

che le diverse ipotesi da essa formulate, le quali escluderebbero l'*actio de in rem verso* contro lo Stato per la mancanza dell'estremo dell'arricchimento ingiusto, non fossero state assorbite dai precedenti giudicati, e specialmente dalla sentenza del Tribunale di Roma del 27-31 dicembre 1902, contro la quale non fu prodotto appello.

Nel giudizio, che precedette tale sentenza, dal Ministero si dedusse che gli anteriori giudicati non avevano pregiudicata la questione se l'azione di utile versione fosse proponibile contro lo Stato, qualora vi fossero altri obbligati verso la Mozzoni, ed il Tribunale respinse tale deduzione, osservando che dopo la sentenza della Corte d'Appello di Roma che confermava quella del 1900, non poteva più mettersi in dubbio la possibilità dell'azione *de in rem verso* contro lo Stato da parte della Mozzoni, anche sotto l'aspetto come veniva ripresentata la questione dal Ministero, se cioè fosse tuttavia esperibile, nonostante il concorso di altri obbligati verso la Mozzoni E coerentemente a tali considerazioni, mentre sospese i provvedimneti di merito, ordinò una perizia allo scopo di stabilire se realmente lo Stato si fosse giovato ed in qual misura dei lavori della Mozzoni nella compilazione del Codice sanitario, e, nell'affermativa, per assegnare un valore ai lavori stessi.

Che in ordine a tale sentenza, che basta leggere per vedere che ammise non genericamente, ma specificamente, e senza alcuna restrizione, lo esperimento dell'*actio de in rem verso* da parte della Mozzoni contro lo Stato, la Corte di merito dice: « che, a prescindere dall'esame del se possa ravvisarsi il giudicato nelle considerazioni più o meno esatte di una sentenza che riserva i provvedimenti sul merito, il giudicato, anche ammesso che vi sia, riguarderebbe tutto al più l'ipotesi del concorso e dell'esistenza di altri coobbligati con lo Stato al pagamento del compenso reclamato dalla Mozzoni, mentre ora si tratta, invece, di stabilire se sia o no indebito ed ingiusto l'arricchimento derivato allo Stato dall'opera compiuta dalla stessa Mozzoni per mezzo del Bertani, e se per conseguenza rimanga obligato verso la Mozzoni il Bertani, e per esso i suoi eredi ».

Ma un tal ragionamento della Corte di merito non solamente appare deficiente in ordine alla questione se la sentenza del 1902 possa o no ritenersi definitiva in quanto ammise con la motivazione costituito il giudicato sulla proponibilità dell'azione *de in rem verso* ma si basa evidentemente su concetti di diritto non esatti.

Infatti, se in quella sentenza si ritenne irrevocabilmente costituito il giudicato sulla proponibilità dell'azione contro lo Stato, vi fosse o non vi fosse altra persona obbligata verso la Mozzoni, e si ordinò in conseguenza la perizia per accertare il *quantum debeatur*, il dire, come fa la Corte di merito, che dovevasi ancora stabilire se fosse stato o no ingiusto e indebito l'arricchimento dello Stato, e che, dopo chiamati in causa gli eredi Bertani, si dovesse decidere se unico obbligato verso la Mozzoni rimanesse il Bertani e per esso i suoi eredi, significa scuotere per indiretta via, con un intervento coatto di ufficio, l'autorità del giudicato, sopra una quistione irrevocabilmente decisa fra le parti contendenti. E significa pure disconoscere il principio, tante volte ritenuto dalla giurisprudenza, che la cosa giudicata spiega il suo effetto non solo su quello che fu discusso, ma anche su quello che avrebbe dovuto discutersi, ed assorbe anche le eccezioni che si sarebbero potute produrre per impedire l'accoglimento di una domanda, estinguendo tanto le istanze e le eccezioni dedotte, quanto quelle che si potevano dedurre e furono omesse.

Nè il dubbio accennato dalla Corte di merito, cioè se potesse costituir giudicato una sentenza, che riserva di provvedere sul merito della questione all'esito di un mezzo istruttorio, giustifica il pronunziato della Corte, perchè è risaputo che un pronunziato giudiziario è definitivo in ordine ad una questione che ha deciso, anche quando nella parte dispositiva dello stesso manchi la espressa dichiarazione di ciò che fu considerato, tutte le volte che essa sia la conseguenza logica, diretta ed immediata della motivazione.

E tale è evidentemente la parte dispositiva della sentenza del dicembre 1902, la quale, come conseguenza della ritenuta ammissibilità dell'azione *de in rem verso* da parte della Mozzoni contro lo Stato, senza alcuna restrizione e nonostante la possibile esistenza di altri coobligati, ordinò una perizia per accertare il *quantum debeatur*.

Che se è vero che, come regola generale, non possa attribuirsi forza di giudicato ad una sentenza che si limiti ad ordinare mezzi d'istruzione, non è men vero che una tal re-

gola non va applicata quando, come nel concreto caso, il mezzo istruttorio siasi disposto come conseguenza della risoluzione di una questione preliminare di diritto che si opponeva alla sua ammissione, non essendo lecito portar nuovo esame sopra un punto controverso già deciso.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

15 ottobre 1906 n. 695

Pagano *Pres.* — De Aloisio *Est.*

Vulpes (avv. *F. Gargiulo*) contro Finanze (avvocato erariale).

Qualunque ufficiale giudiziario ha competenza a notificare gli atti proprî del suo ministero nel perimetro giurisdizionale dell'autorità da cui dipende, tranne gli atti da farsi nel Comune ove ha sede l'autorità giudiziaria adita, per i quali hanno attribuzione esclusiva gli ufficiali alla medesima addetti; è quindi valido il ricorso per cassazione notificato da un ufficiale giudiziario addetto alla Corte di appello di una città, ove non siede la Corte di cassazione adita (1).

Non è necessario il deposito per multa in caso di ricorso che non è veramente di adesione, ma ha semplice scopo difensivo, come è quello che uno dei condannati in solido interponga, associandosi al ricorso già sporto da un altro (2).

La dichiarazione di aumento di valore agli effetti della legge di registro, onde evitare le conseguenze del giudizio di stima in caso di trasferimento d'immobili, deve farsi per iscritto: quindi è inammissibile la prova che la dichiarazione di aumento ebbe luogo verbalmente (3).

La Corte, ecc. — Destituite di fondamento sono entrambe le proposte eccezioni pregiudiziali. Infatti, quanto a quella dedotta dalla Finanza, le stesse disposizioni di legge da lei citate, fanno aperto che gli uscieri, ora *ufficiali giudiziari*, delle Corti, Tribunali e Preture hanno tutti le identiche attribuzioni, e tutti indistintamente, ed in concorrenza fra loro, sono abilitati a fare, nel perimetro giurisdizionale dell'autorità da cui essi rispettivamente dipendono, gli atti proprii del loro ministero; salvo gli atti da farsi nello stesso Comune, ove ha sede l'Autorità competente, per i quali hanno attribuzione esclusiva gli ufficiali alla medesima addetti. Ora il caso attuale non rientra in cotesta eccezione, giacchè la Corte Suprema di Roma, che adivasi col ricorso, è ben distinta dalla Corte Suprema sedente in Napoli, ossia nel *Comune* dove fu eseguita la notificazione.

Nè tampoco regge *il fine di non ricevere*, sollevato contro il ricorso *adesivo* dei coniugi Chianese. Imperocchè l'art. 529 della procedura, in base al quale si potè, nella scuola e nel foro, discutere sulla necessità o meno del *deposito*, rispetto al ricorso adesivo, riflette (come ivi si legge) l'adesione formale, di cui parla l'art. 470, fondata sul semplice *interesse comune* (ma divisibile) fra il soccombente che interpose il gravame e l'altro che vuol profittare di questo, *adesione* costituente anch'essa (come dice testualmente l'art. 529) una vera e propria *istanza*, ossia (sostanzialmente) un *nuovo gravame*, che viene ad aggiungersi al primo, e che è atto indispensabile affinchè il secondo cointeressato possa anch'egli aspirare a veder reintegrato il proprio diritto vulnerato dalla pronunzia impugnata. Nella specie, invece, trattasi, non di *comunanza divisibile d'interesse*, ma di quel *cointeresse inscindibile*, contemplato dal n. 3 dell'art. 471, che nasce dalla *solidarietà passiva;* giacchè i coniugi Chianese furono dalla denunciata sentenza *condannati in solido* col Bernardo Vulpes ricorrente. In cotesto caso la *domanda di annullamento* spiegata dall'un cointeressato, giova *de jure* anche all'altro, senza

---

(1) Il nostro Supremo Collegio conferma, così, quanto ebbe a ritenere con l'altra decisione 17 marzo 1906, est. CERZA, in questa Raccolta, 1906, pagina 253. Anche nella decisione 30 gennaio 1907, numero 67, la Cassazione romana ha ritenuto l'eguale principio..

(2) L'obbligo del deposito per multa trovasi escluso in giurisprudenza persino a riguardo del vero ricorso adesivo (cfr., da ultimo, Cass. Firenze 8 marzo 1906, *Foro ital.*, 1906, 1, 538, e Cass. Palermo 3 aprile 1906, *Foro sic.*, 1906, 226). Vedi, però, *contra*: Cass.. Roma 18 maggio 1905, in *Foro ital.*, 1905, 1, 798.

(3) Ciò risulta esplicitamente dall'art. 18 del Regolamento 23 dicembre 1897 per l'esecuzione del testo unico delle leggi sulle tasse di registro. Cfr. S. UBERTAZZI. *La legge sulle tasse di registro*, Napoli, 1902, n. 144-145.

che costui faccia alcuna *istanza*, od alcuna *adesione* nel senso formale degli art. 470 e 529. Cosicchè qui, sotto il titolo di *ricorso adesivo*, l'atto dei Chianese si riduce, in sostanza, ad una semplice *difesa*, ch'eglino, *come parti in causa*, perchè il gravame del Bernardo Vulpes virtualmente riguardava anche loro, avevano, il diritto di presentare. Sarebbe dunque non pure arbitrario, ma ripugnante alla parola ed al pensiero della legge, assoggettare al *deposito per la multa* un tale atto, anche senza del quale essi potevano attendersi quel medesimo risultato, che si sono limitati ad implorare, associandosi genericamente al gravame anzidetto.

Anche più inconcludenti sono il secondo e terzo mezzo, giacchè, pur eliminando dalla sentenza denunziata tutto quel ch'essa dice circa il *concordato di cui all'art. 29 della legge di registro*, e circa la necessità che l'offerta di aumento di valore, presentata dal contribuente, *sia accettata dall'Amministrazione finanziaria*, la decisione rimarrebbe sempre sorretta da una ragione di diritto, che sorge spontanea dagli elementi di fatto da essa ritenuti. E per fermo, apprezzando il proposto capitolo d'interrogatorio e le deduzioni dello appellante Vulpes, essa ritenne, con giudizio insindacabile, che quello che costui asseriva ed intendeva provare, era un'*offerta* puramente *verbale*. Dato ciò, diveniva evidente come una singola *offerta* non potesse avere efficacia di sorta, e come quindi fosse frustaneo il chiesto mezzo istruttorio, sia perchè la dichiarazione di *aumento*, come correttivo della primitiva dichiarazione infedele, fatta appunto per *iscritto* dal contribuente, vuol essere rivestita della medesima forma di questa — sia perchè l'*offerta verbale* ripugna a tutto l'ordinamento dell'Ufficio di Registro, che solo sopra *atti scritti* è chiamato a spiegare la propria azione.

Per tali motivi, ecc.

(1-2) Conformi sulla prima massima: Cass. Palermo 15 dicembre 1903, *Legge* 1904, 546, stessa Cassazione Roma 17 maggio 1887, *id.* 1888, 1, 7; e A. Roma 17 settembre 1895, *id.* 1895, 2, 478, con nota.

La Cass. Roma 21 aprile 1906, n. 305, est. PIANIGIANI (*Giur. ital.* 1906, 1, 526, con nota) decise che, se il condomino, in luogo di alienare la sua quota, *in astratto*, del patrimonio comune, alieni determinati beni, questi vanno nella divisione assegnati possibilmente a lui; ma, fino a che la divisione non sia avvenuta, il condomino che voglia agire in rivendicazione delle cose alienate deve provocare in antecedenza la divisione medesima.

(3) Cfr. in argomento: Cass. Torino 10 gennaio 1906, *Giur. tor.* 1906, 304; A. Genova, 10 aprile 1905, *Temi gen.* 1905, 448; A. Palermo 12 dicembre 1904, *Foro sic.* 1905, 88; Cass. Napoli 19 settembre 1903, *Mon. trib.* 1904, 47; ecc. ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 novembre 1906 n. 712

Pagano *Pres.* — Giordani *Est.*

De Stefanis (avv. *C. Mapei* e *V. Gentile*) contro Ventresca (*N. Taraschi* e *L. Romani*).

La vendita o cessione dalla cosa comune, vendita fatta da un condomino senza il consenso degli altri, non è nulla, ossia inesistente, ma soltanto annullabile, e sottoposta alla condizione risolutiva che la cosa venduta non gli tocchi in divisione (1).

Gli altri condomini, che possono proporre azione di annullamento di detta vendita o cessione per richiamare alla comunione i beni alienati, possono pure rinunziare validamente a cotesta azione di annullamento mediante un atto di citazione, donde risulti il loro consenso alla vendita (2).

Chiesta in primo grado la nullità di un contratto, non può l'attore proporre in grado di appello la domanda di risoluzione per inadempimento del contratto stesso, costituendo questa una domanda nuova (3).

La Corte ecc. — Col primo mezzo la ricorrente ha, denunziato la violazione degli articoli 679, 1310 e 1459 del cod. civile e 517 n. 3 del cod. di proc. civile, perchè la Corte di merito ritenne che, durante lo stato di comunione dei beni ereditari, fosse in tutto valida la vendita stipulata con l'istrumento del 27 ottobre 1865, e ch'essa ricorrente con la citazione del 12 dicembre 1877 avesse riconosciuta ed accettata quella vendita come efficace anche riguardo a lei; mentre il condomino può alienare unicamente la propria quota, ma non può alienare le quote degli altri condomini, giusta il citato art. 679 del cod. civ., e, se egli aliena le cose che a lui non spettano aliena la cosa altrui, e la vendita e nulla, cioè inesistente ai termini del citato art. 1459 dello stesso codice, e potrà risorgere solo nel momento in cui eseguita la divisione, si sappia che la

parte venduta spetta al condomino alienante e non si poteva poi parlare di ratifica e di conferma, nè di adesione od accettazione, trattandosi di un contratto, nel quale essa ricorrente non era intervenuta, e quindi per lei inesistente.

Ora ai termini dell'art. 679 del cod civ. ciascun partecipante ad una comunione di beni ha la piena proprietà della sua quota e dei relativi utili o frutti e può liberamente alienare, cedere ed ipotecare tale quota, ma l'effetto dell'alienazione o dell'ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettargli nella divisione. Quindi la vendita, la cessione o la ipoteca non sono nulle e perciò inesistenti, ma sono soltanto annullabili nella ipotesi, in cui, per effetto della divisione del patrimonio comune, i beni, che formano oggetto della vendita o della cessione, o furono ipotecati, non siano compresi nella quota di colui che fece la vendita o la cessione od accordò l'ipoteca. In altri termini, la vendita, la cessione o la ipoteca sono valide, ma soggette a condizione risolutiva, che consiste nella detta ipotesi e non già a condizione sospensiva come la ricorrente erroneamente ritiene. Ciò posto la Corte di merito ben giudicò, quando disse che, mentre durava la comunione dei beni dell'eredità del fu Giuseppe De Stefanis, la nipote ed erede di lui Vincenza De Stefanis non potesse domandare la nullità della vendita dei suddetti terreni fatta dai coeredi con l'istrumento del 27 ottobre 1866, e sperimentare una azione di rivendicazione, ma soltanto richiamare alla comunione i beni alienati all'unico scopo di averne l'uso ed il godimento, in comune ai compratori, fino alla divisione ed all'assegnazione delle quote.

Non essendo nullo fino dalla sua origine, e quindi inesistente, nei rapporti con la Vincenza De Stefanis, ma soltanto annullabile il contratto di vendita stipulato con l'istrumento del 27 ottobre 1866, bene poi giudicò la Corte di merito nel ritenere che la De Stefanis potesse aderire ad un detto contratto, e rinunziare all'azione di annullamento.

Considerato che col secondo mezzo la ricorrente ha dedotto la violazione degli art. 1125, 1212 e 1214 del cod. civ., per avere la Corte di merito erroneamente ritenuto, che l'atto di citazione del 12 dicembre 1877 fosse valido ed efficace a manifestare il consenso di essa ricorrente alla vendita stipulata dai coeredi con l'istrumento del 27 ottobre 1866, perchè le convenzioni che trasferiscono la proprietà d'immobili debbono farsi con atto pubblico o per scrittura privata, giusta il citato articolo 1314 del cod. civ., e nel caso concreto mancava l'atto necessario per stabilire la convenzione, che si diceva avvenuta tra essa ricorrente ed i compratori, e si voleva far risultare il consenso di lei, per una parte da un atto nullo, cioè dalla vendita fatta dagli altri condomini, e per un'altra parte da un atto di un uffiziale giudiziario, cioè dalla detta citazione, la quale non poteva rientrare certamente nella sfera degli atti indicati negli art. 1313 e 1314 del codice citato.

Ora la Corte di merito, avendo giustamente ritenuto, come di sopra si è osservato, che la vendita stipulata dai coeredi della Vincenza De Stefanis con l'istrumento del 27 ottobre 1866 non fosse nulla, e quindi inesistente in confronto di costei, ma soltanto annullabile, nella ipotesi che nella divisione non spettino ai coeredi i terreni venduti, rettamente giudicò che la De Stefanis con la citazione del 12 dicembre 1877 avesse validamente manifestato il suo consenso alla vendita, e rinunziato così all'azione di annullamento della medesima, perchè come disse la Corte, la citazione indicata, essendo atto di parte, era bastevole a manifestare il detto consenso.

Considerato che col terzo mezzo la ricorrente ha impugnata la denunziata sentenza:

1. Per la violazione e falsa applicazione degli art. 490 e 517 n. 3 e 6 del cod. di proc. civ., e 1165 del cod civ. perchè, ammesso pure che con la citazione del 12 dicembre 1877 essa ricorrente avesse dato il suo consenso alla vendita, e rinunziato così all'azione di annullamento della medesima, tuttavia stava in fatto che non le era stato mai pagato il prezzo a lei dovuto, e perciò, ai termini dell'art. 1165 del cod. civ. il contratto si doveva dichiarare risoluto in base a tale articolo, come essa aveva chiesto esplicitamente con la comparsa conclusionale presentata in grado di appello, e la corte di merito erroneamente ritenne di non poter pronunziare su tale domanda per essere stata proposta soltanto in quella sede mentre non trattasi se non di una replicatio, di una eccezione addotta dagli appellanti, e quindi ammissibile in base all'art. 490 c. p. c.

2. Per difetto di motivazione, perchè la Corte affermò che la istanza proposta con la citazione introduttiva del giudizio aveva ben altri oggetti, senza dare alcuna spiegazione:

Ma anche queste censure sono prive di qualsiasi fondamento. In vero non regge la prima censura perchè la corte ritenne che nel giudizio di prima istanza la ricorrente De Stefanis avesse chiesto la nullità del contratto stipulato dai coeredi nel 27 ottobre 1866, per non essere intervenuta, e che soltanto in grado di appello la De Stefanis avesse chiesto la nullità del contratto in base all'art. 1165 del codice civile, e, ciò posto, la corte ben giudicò, quando disse che la domanda di risoluzione del contratto era una domanda nuova, e quindi inammissibile in grado di appello giusta l'artic. 490 del cod. di proc. civ. essendo l'oggetto di tale domanda ben diverso da quello della istanza proposta nel giudizio di primo grado, perchè la risoluzione di un contratto presuppone la esistenza del contratto medesimo, non potendosi risolvere ciò che non è mai esistito, mentre la ricorrente del giudizio di primo grado aveva sostenuto la nullità della vendita stipulata dai coeredi.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

24 novembre 1906 n. 781.

Basile *Pres.* — Palladino *Est.*

Grifi (avv. *G. D'Angelo*) contro Muri (avv. *C. Mapei*).

L'azione derivante da sentenze commerciali non passate in cosa giudicata, e quindi ancora suscettive d'impugnativa, non si prescrive in trentanni; rispetto a tali sentenze la prescrizione è quella propria del titolo giuridico originario, senza che si debba distinguere tra sentenze munite della clausola di provvisoria esecuzione e sentenze che tale clausola non contengono (1).

La Corte ecc. — Osserva che l'azione derivante dal giudicato intervenuto per una qualsiasi controversia, anche commerciale si prescrive in trent'anni: su questo punto che, come bene avvertì la Corte d'Aquila, ormai costituisce un *jus receptam*, non è il caso d'indugiarsi, se non per rilevare che altrettanto bene disse la Corte suddetta, quando richiamò le ragioni per le quali in giurisprudenza esso prevalse senza contrasto, e considerò che per effetto della sentenza il diritto si rinnova, nel senso che sorge un novello titolo, che vincola per sè stesso, senza riguardo al rapporto giuridico originario. Ora questo, che è certamente ed incontestabilmente l'effetto della sentenza passata in giudicato, lo è pure della sentenza, suscettiva di gravami, ed ancor più di gravami ordinarii, come la sentenza contumaciale dell'aprile 1866, che, per non essere stata notificata in persona propria al Fonzi, è ancora soggetta all'opposizione del contumace?

La Corte di Appello, esaminando la questione, non già al confronto della Banca Nazionale, che ottenne la su riferita sentenza di condanna, ma della resistente Muri, che nella qualità di erede del Ferreri versò l'importo dovuto alla Banca medesima, e fu a questa surrogata, in conformità dell'art. 276 codice di commercio, rispose affermativamente, parificando ai riguardi della prescrizione le sentenze, sieno o non passate in giudicato, quali anche dalle seconde potesse sorgere quell'*actio judicati*, che per concorde responso della giurisprudenza è prescrittibile in 30 anni.

Ma diversamente avvisa il Supremo Collegio, il quale, in coerenza ad altro suo recen-

---

(1) Diversamente ebbe a giudicare la Cass. Napoli 22 agosto 1905, *Foro Ital.*, 1905, 1, 1215, recedendo, però, dall'anteriore sua giurisprudenza (vedi dec. 24 marzo 1904, *id.* 1904, 1, 540).

Anche l'A. Catanzaro 10 marzo 1906, *Temi calabr.*, 1906, 50, ritenne, uniformemente alla citata decisione 22 agosto 1905 della Cass. napoletana, che alla prescrizione trentennale sono soggette anche le sentenze commerciali di primo grado, comunque non passate in cosa giudicata.

Senonchè l'opinione prevalente è quella dichiarata nella sentenza che commentiamo e che ricorda l'altra della stessa Cass. Roma in data 7 aprile 1904, pubblicata su questa Raccolta, anno 1904, pag. 251.

Della Cass. Roma abbiamo un'altra sentenza in data 31 dicembre 1906, n. 972, est. SPIRITO.

Veggasi pure in egual senso l'A. Roma 4 agosto 1906, nostra Raccolta, 1906, pag. 421, decisione a cui la stessa Corte ha uniformato quella del 5 febbraio 1907, est. CARCANI, che verrà da noi riportata nel prossimo fascicolo.

Pure identico fu l'avviso dell'A. Macerata nella decisione 25 marzo 1906, *Corte Anc.*, 1906, 350.

Alla teorica prevalente aderisce anche l'illustre prof. MORTARA, *Commentario del Cod. e delle leggi di proc. civ.*, vol. II, n. 445, pag. 566-567.

tissimo arresto, deve ripetere la sua risposta negativa al quesito sopra proposto, nulla trovando di persuasivo nelle contrarie ragioni addotte dalla denunciata sentenza, e ripudiare ancora una volta la surriferita teoria della parificazione delle sentenze, passate o non in giudicato, alla quale si può pervenire, se non snaturando, come fu giustamente lamentato nel primo assunto del ricorso i caratteri dell'*actio judicati*, che presuppone il regolare passaggio in cosa giudicata della sentenza da cui nasce.

Si comprende che, quando il diritto, di cui si chiese la dichiarazone mercè l'istituita azione, la ottenne con la consacrazione in una sentenza divenuta giudicato, è questa, che si sostituisce al titolo primigenio, ed assume, col suo valore formale di atto pubblico e giudiziario la tutela del diritto stesso.

Ma quando il giudizio è *in itinere*, e lo è quando in seguito alla spiegata azione è intervenuta sì una sentenza per la dichiarazione del diritto, ma suscettibile di appello e di opposizione da parte del contumace, questa sentenza è inetta a costituire il nuovo titolo, diverso da quello che rappresentava il rapporto giuridico preesistente, ed a generare una nuova azione diversa da quella che diede causa al giudizio, e conserva lo stesso carattere civile o commerciale del titolo primitivo ancora sussistente, ancora *sub judice*, nonchè dell'azione spiegata, ma non esaurita.

Segue da ciò che l'identico effetto della prescrizione trentennale non può convenire ad azioni, che hanno caratteristiche di così notevoli differenze: può convenire all'*actio judicati*, precisamente perchè trova il suo fondamento nella sentenza di accertamento definitivo del rapporto giuridico, cioè in un titolo autonomo, inoppugnabile ed esecutivo, e perchè si concreta nel diritto di esecuzione, che è ritenuto di natura civile dalla legge, come si argomenta dall'art. 570 cod. proc. civ., e perciò ricade sotto il più lungo termine trentennale per applicazione diretta dell'articolo 215 cod. civ., che mortifica ogni diritto ed ogni azione; ma la contraddizione non consente che possa attagliarsi all'azione derivante da sentenza, che, per essere suscettiva d'impugnazione con l'appello o con l'opposizione del contumace, è titolo dipendente, risolubile, non esecutivo, e di natura analoga al rapporto giuridico scadente dal titolo primitivo, e conseguentemente governato, anche in riguardo alla prescrizione, dalle norme speciali di esso.

Il che è consentaneo all'indole dei giudizii, che si svolgono in seguito all'eventuale proposta dell'uno o dell'altro degli anzidetti gravami, poichè, rappresentando essi uno stadio ulteriore dell'azione originaria, la materia controversa non può essere che di natura identica a quella del primo giudizio e l'azione originaria, se spiegata, come fu nella specie, in dipendenza di cambiali o di atti di commercio, continua nel suo stato giuridico e nella sua natura precedente di azione commerciale, onde è ovvia l'applicabilità, sia nel diritto statuente, che nel diritto processuale, delle regole commerciali. Ma tutto ciò non sarebbe vero, se non si riconoscesse che la sentenza impugnata con l'uno o con l'altro degli anzidetti gravami, conserva e non modifica il rapporto giuridico, in virtù del quale si promosse l'azione, se non si riconoscesse che la natura della materia controversa e nella specie la commerciabilità del rapporto giuridico, incombe e domina su tutto il giudizio diretto all'accertamento di esso, e fino a che diventa definitivo, se non si ammettesse che tutto si svolge nell'ambiente della legge commerciale, termini d'impugnative, regime sull'istruzione, norme sulla durata dell'azione e sulla vita del diritto, e si ritenesse che possa sottrarsene la sentenza impugnata, creando un'inconciliabile ed ibrida situazione giuridica di una sentenza, che sia riconosciuta di natura commerciale, quanto al rito, e non lo sia quanto alla prescrizione.

E' più speciosa che seria la considerazione, alla quale attribuì molto valore la denunciata sentenza, e cioè che gli effetti delle sentenze si debbono considerare ai fini della prescrizione in attualità, poichè l'attualità in riguardo alle sentenze impugnabili non si riduce alla constatazione soltanto che esiste una prima pronuncia di giudice sull'accertamento del rapporto giuridico, non potendo la determinazione della prescrizione applicabile prescindere di riguardare alla natura delle sentenze ed ai loro effetti sulla controversia, a cui si riferiscono.

Quali sono la natura e gli effetti delle sentenze impugnabili, non è il caso di ripeterlo: il certo è che fino a tanto non ottengono la conferma con la reiezione dell'impugnativa, o con la decadenza del soccombente dal diritto di proporla, si è ancora nel periodo

della esecuzione, non si è ancora costituita l'obbligazione del giudicato, dalla quale decorre la prescrizione, che ad essa è propria, la trentennale. Se l'attualità prospetta un titolo revocabile, ed identico per natura al titolo primitivo, tutto protesta contro la parificazione ad altro titolo, che è al coperto dall'evento della revocabilità, che ha natura propria ed è per sè causa di obbligazione.

Ben altro che il richiamo all'attualità scaturisce dall'insegnamento di Ulpiano alla L. 3 paragrafo 11, *de peculio*, pel quale non il rapporto giuridico originario, duraturo fino all'esaurimento del giudizio, ma la sentenza che l'ha soppiantato con una obbligazione nuova con un'azione nuova, con un titolo nuovo esecutivo, genera il vincolo del giudicato: *non originem judici spectandam, sed ipsam judicati, veluti obligationem.*

Se per l'inazione della parte interessata il titolo nuovo e l'obbligazione nuova non si sono potuti formare, ed il suo diritto perciò è ancora allo stato di pretesa giuridica, contestabile e non esigibile, è ancora la natura di questo, che prevale nel determinare la prescrizione, e le sorti del diritto nascente dalla sentenza impugnabile non si possono distaccare dalle sorti del diritto, che l'abbia provocata.

Osserva che nulla aggiunge in suffragio alla tesi preferita dalla denunciata sentenza il rilievo che la sentenza contumaciale 1-5 aprile 1886 era munita di clausola per l'eseguibilità provvisoria, poichè dalla stessa, come si rileva nel secondo assunto del ricorso, non risultano modificati gli attributi della sentenza, cui è apposta, ed è lungi dal risultare giustificata la parificazione di una sentenza che lascia il diritto *sub judice*, e perciò esposto all'eccezioni dirette a vulnerarlo od annullarlo, alla pronunzia, che, mercè il fattone riconoscimento definitivo, l'ha sottratto ad ogni contestazione. La clausola di eseguibilità non ha altra importanza che quella di un provvedimento provvisorio dettato più che altro a garentia del vincitore, ed ha l'efficacia che gli può derivare dalla possibilità che questi ottenga la consacrazione del suo diritto nella sentenza definitiva, sicchè ben può avvenire, che, se egli a tale risultato non approdi per esser rimasto inattivo nella via giudiziale, il diritto all'esecuzione provvisoria venga travolto nella prescrizione propria del diritto, rimasto allo stato di pretesa giuridica, anzichè comunicare a questa una più lunga vita pel periodo trentennale che è soltanto riconosciuto come effetto del diritto all'esecuzione derivante dalla sentenza passata in giudicato.

Osserva infine che non ha pregio alcuno l'obbiezione della resistente, che a termini dello art. 919 numero 2, cod. di commercio, invocato dal ricorrente Grifi per eccepire la prescrizione quinquennale, questo decorre dalla scadenza dell'obbligazione, e che dopo essere intervenuta una sentenza di condanna, la scadenza più non esiste, e perciò non già la prescrizione propria dell'obbligazione, ma sarebbe applicabile quella che decorre dopo la sentenza, poichè, a prescindere dal vizio della petizione di principio che travaglia la suesposta obiezione, ritenendosi in essa risoluta la questione sull'applicabilità della trentennale, pel solo fatto che fu resa una sentenza di condanna, è certo che non potendosi negare a questa sentenza, come agli atti giudiziali che l'hanno preceduta, virtù interruttiva della prescrizione, questa ricomincia il suo corso dopo l'interruzione, che, sostituendosi alla scadenza, ne costituisce il nuovo momento iniziale.

Risultando, per le premesse considerazioni, fondate le censure rivolte contro la sentenza denunziata, questa non può sottrarsi al chiesto annullamento.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 novembre 1906 n. 795

Pagano *Pres.* — Riccobono *Est.*

Ditta Carlo Festa (avv. *P. Auletta*) contro Società Peugeot.

Il mandato commerciale può revocarsi senza responsabilità per danni, ove concorra una giusta causa (1).

---

(1) Nella specie la giusta causa sarebbe stata la inadempienza del mandatario. Ora, sebbene la risoluzione dei contratti bilaterali, in virtù della condizione risolutiva tacita, di cui all'art. 1165 cod. civ., debba chiedersi giudizialmente, è pur tuttavia *jus receptum* che la relativa dichiarazione giudiziale opera con effetto retroattivo: vedi GIORGI, *Obbligazioni*, VI ediz., vol. IV, n. 218. Però potreb-

La Corte, ecc. — Infondata è la prima censura, avendo la Corte di merito in sostanza ritenuto che, non ostante il termine stabilito per la durata del contratto, il mandato commerciale possa revocarsi, se il mandatario non adempie alle sue obbligazioni, e ciò in conformità del disposto dell'articolo 366 Codice di commercio che la rivocazione del mandato riconosce suscettiva di danni sol quando il mandato sia stato revocato senza giusta causa, per modo che, anche prima della scadenza, il mandante, se il mandatario contravviene ai suoi obblighi principali, revoca il mandato a suo rischio, ma indi, assodato in giudizio l'inadempimento del mandatario, la relativa pronunzia con effetto retroattivo sancisce la legittimità della revoca e la dichiara. Sono adunque giuridicamente esatti i termini della sorta questione, cioè di vedere se nel tempo anteriore alla lettera della Peugeot del 5 novembre 1903 si fosse verificata una giusta causa, per la revoca del mandato a norma dell'art. 366 cod. di commercio.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 novembre 1906 n. 796

Pugliese *Pres.* — Pianigiani *Est.*

Sangiorgio (avv. *L. Cuccia*) contro Ferrovie Meridionali (avv. *C. Lanza*).

E' motivo di revocazione, e non di cassazione, l'avere il giudice di merito supposta inesistente in un mandato alle liti la elezione di domicilio, mentre questa risulta chiara dal mandato medesimo (1).

La Corte ecc. — Considera che nel mandato *ad litem* del 9 febbraio 1905 il Sangiorgio dichiarava di nominare in suo procuratore l'avvocato Luigi Cartasegna, esercente in Roma, presso il quale « eleggeva domicilio » con facoltà di variare al bisogno il domicilio eletto.

La comparsa conclusionale avanti il pretore del 3 marzo successivo incomincia così. «Comparisce Giacomo Sangiorgio, domiciliato presso l'avv. Cartasegna in Corso Umberto I, n 394 ».

Il Tribunale, per ritenere la mancanza di elezione, esprimesi così: « La indicazione che trovasi nella intestazione del verbale colla parola *domicilio* avanti al nome del Sangiorgio non è l'esplicita dichiarazione voluta dalla legge, tanto meno poi trovasi traccia di dichiarazione o di elezione di domicilio nel mandato *ad litem* conferito al procuratore Cartasegna, perchè se a questo si dava la facoltà

---

be dubitarsi che il citato art. 1165 Cod. civ. si applichi ai contratti sinallagmatici *imperfetti*, come il mandato (GIORGI, *ibidem*, num. 206, e vol. III, n. 25). La inadempienza del mandatario è stata riconosciuta come giusta causa di revoca del mandato, agli effetti dell'art. 366 Cod. comm., dall'App. Mil. 10 febbraio 1903, *Giur. Tor.*, 1903, 886, e dall'App. Catania 26 ottobre 1904, *Mon. trib. Mil.* 1905, 676; e del resto l'art. 366 Cod. comm. col parlare *di giusta causa* non esige precisamente il concorso di tutti gli estremi dell'art. 1165 Cod. civile.

Va però ricordato che l'art. 366 in questione si riferisce soltanto al mandato conferito per un *tempo determinato*, e non già al mandato conferito a *tempo indeterminato*, il quale ultimo può revocarsi senza obbligo di risarcire i danni che dalla revoca derivano. Si vegga in tal senso l'acutissimo prof. SRAFFA (in *Mandato comm. e commissione*, trattato che fa parte del *Commentario* del Vallardi — e in *Riv. di diritto comm.*, 1906, 2, 295-298). Concordano col prof. SRAFFA l'A. Trani 3 febbraio 1905, *Mon. trib.* 1905, 794, l'A. Palermo 4 maggio 1906, *Riv. di dir. comm.*, 1906, 2, 504 e l'A. Firenze 27 marzo 1906, *id.*, 1906, 2, 368.

Relative al mandato a *tempo indeterminato* sono le sentenze 26 ottobre 1906 dell'A. Catania (*Giur. cat.*, 1905, 70) e 30 dicembre 1904 dell'A. Palermo (*Foro sic.*, 1905, 173). La prima riconosce dovuto il risarcimento di danni in caso che la revoca sia arbitraria; la seconda, contemplando il caso di mandato conferito ad un rappresentante di commercio, stabilisce che non vi è possibilità di risarcimento se la revoca non viene ad interrompere affari che siano in corso e per i quali il rappresentante si trovi già impegnato.

(1) Ultimamente la Cass. Torino decideva essere motivo di revocazione quello basato sul fatto che una persona venne erroneamente indicata fra i convenuti in una determinata causa. Con la stessa decisione (che ha la data 24 nov. 1906, *Legge*, 1907, 334) la Corte torinese giudicava che l'errore di fatto può agli effetti della revocazione di una sentenza ricavarsi anche dai fogli di udienza, purchè prodotti questi siano copia per dalla parte interessata.

di eleggere il domicilio dove volesse, ai fini della lite, in cui doveva rappresentare il Sangiorgio, il conferimento di quella facoltà non significa ancora che essa sia stata esercitata».

Or dalle riferite espressioni è facile apprendere che il Tribunale, nell'esaminare la parte del mandato in cui si conferisce all'avv. Cartasegna la facoltà di variare il domicilio eletto, omise di leggere la parte nella quale il Sangiorgio dichiarava di eleggere domicilio presso di lui; se avesse letto la quale, sarebbe necessariamente sceso in un concetto diverso. Onde è chiaro che si versa (anzichè in materia di cassazione nell'ipotesi di cui al num. 4 dell'art. 494 Cod. di proc. civile, che per gli errori di fatto risultanti da documenti di causa concede soltanto il rimedio della revocazione avanti l'autorità giudiziaria che ha pronunziato la sentenza impugnata: e l'errore nel caso consisterebbe nell'avere sottoposto la inesistenza di un fatto, la cui verità è positivamente stabilita da un documento della causa.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 novembre 1906 n. 797

Caselli *Pres.* — Cerza *Est.*

Mottini (avv. *L. Lombardi*) contro Mastrelli (avv. *G. Savini*).

Autorizzato un sequestro conservativo, la surrogazione del custode spetta all'autorità giudiziaria dinanzi a cui pende o penderà il giudizio di convalida, e quindi al Tribunale, se fu questo a concedere il sequestro (1).

La Corte ecc. — Del tutto infondati sono i due primi mezzi del ricorso coi quali si censura la denunziata sentenza, per aver ritenuto, in tema di sequestro conservativo, autorizzato dal Presidente del Tribunale, per garanzia di un credito di lire 3000, la competenza del detto Collegio per la surrogazione del custode giudiziario; mentre nell'art. 930 cod proc. civ. trovasi espressamente disposto che le norme stabilite pel pignoramento si applicano anche al sequestro, e nell'art 602 del detto codice si legge che, ove occorra la surrogazione del custode, vi provvede il Pretore. E di vero, correttamente ritennero i magistrati di merito che le norme stabilite pel pignoramento si applicano al sequestro solamente quanto al modo di procedervi, alle cose che possono formarne l'oggetto, alle misure di conservazione ed al processo verbale. Ed è evidente che, effettuato il sequestro e nominato il sequestratario, cessa l'applicabilità delle cennate norme e le controversie che possono posteriormente nascere, vanno regolate con le norme ordinarie di competenza e con la disposizione contenuta nell'art. 931 cod. proc. civile, che stabilisce qual magistrato debba adirsi per far pronunziare sulla validità, rivocazione o conferma del sequestro, e, se ne sia il caso, sulla vendita degli oggetti per i quali vi sia pericolo di deterioramento.

Nè può dirsi che tutto ciò che innanzi si è osservato possa trovare un ostacolo nell'articolo 602 invocato dal ricorrente, perchè tale articolo riguarda appunto i provvedimenti da darsi nella esecuzione del sequestro e del pignoramento e nel corso del giudizio esecutivo, ma quando trattasi di surrogazione del custode, in pendenza di un giudizio di cognizione, com'è quello di convalida del sequestro e di sussistenza o meno del credito pel quale si agisce, spetta all'autorità giudiziaria, innanzi alla quale si svolge il detto giudizio, di provvedere anche sull'incidente relativo alla surrogazione del custode di cose che sono non a disposizione del Pretore, come nel pignoramento, ma a disposizione dell'autorità giudiziaria, che è investita della causa principale, quella cioè di vedere se il concesso sequestro dovesse o meno mantenersi.

E giova pure osservare che, nel concreto caso, lo stesso ricorrente Mottini riconobbe una tal competenza, allorchè chiese non al Pretore, ma al Presidente del Tribunale il provvedimento per far custodire in un luogo diverso da quello in cui si trovavano le vacche sequestrate.

---

(1) La risoluzione qui adottata ci sembra giusta. Il chiarissimo prof. LESSONA, in *Digesto italiano*, voce *Sequestro conservativo*, si occupa della surrogazione del custode (n. 120), ma non accenna affatto alla questione di competenza, su cui crediamo abbia interloquito primo d'ogni altro il Supremo Collegio romano con questa sentenza che viene da noi pubblicata.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

27 novembre 1906 n. 798

Pagano *Pres.* — Riccobono *Est.*

Muzzi e Calari (avv. *A. Barbieri* e *C. Baudana Vaccolini*) contro Merighi e Compagnia Gresham (avv. *P. Boiardi* e *V. Porto*).

L'inabilitato può senza l'assistenza del suo curatore compiere tutti gli atti di semplice amministrazione, e quindi può anche stipulare un contratto di assicurazione sulla sua vita a favore dei propri eredi ovvero a favore di terzi, provvedendo al pagamento dei premi esclusivamente con le rendite passategli per i suoi personali bisogni (1).

La Corte *a Sezioni Unite* ecc. — Considera che la Corte di rinvio, premesso che le parti litiganti erano tutte d'accordo nel ritenere che l'originario contratto di assicurazione stipulato con la polizza del 18 settembre 1900 dall'inabilitato Emilio Calari fosse valido in tutte le sue conseguenze verso la Compagnia assicuratrice « The Gresham », prese in esame le due questioni, che occorreva soltanto risolvere per la decisione della controversia, se, cioè, l'inabilitato Callari avesse validamente designato quali beneficiarii della detta polizza i suoi eredi legittimi senza l'assistenza del suo curatore, e se egli senza tale assistenza avesse poi validamente sostituito il Merighi ai detti eredi nei benefizii della polizza medesima, giudicò che tanto la designazione degli eredi legittimi quanto la sostituzione del Merighi a costoro fossero valide, non ostante che l'inabilitato Calari, nel compiere tali atti, non fosse stato assistito dal suo curatore.

Considera che, così giudicando, la Corte di rinvio bene si appose, e quindi non violò nè applicò erroneamente le disposizioni di legge invocate dai ricorrenti coniugi Muzzi, poichè, a prescindere da qualche altra ragione, la Corte di rinvio rettamente ritenne che la designazione degli eredi legittimi dell'inabilitato Emilio Calari, quali beneficiarii della polizza di assicurazione del 18 settembre 1900, e la sostituzione del Merighi ai detti eredi costituissero atti non eccedenti i limiti della semplice amministrazione, e si potessero perciò compiere dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore, giusta l'art. 339 del cod. civile.

In vero, il legislatore, all'unico scopo d'impedire che l'infermo di mente, il cui stato non sia talmente grave da far luogo alla interdizione, ed il prodigo dissipino i loro beni, col citato articolo 339 del cod. civile ha disposto ch'essi possono essere dichiarati inabili a stare in giudizio, fare transazioni, prendere a prestito, ricevere capitali, rilasciare liberazioni, alienare od ipotecare i loro beni, o fare altro atto, che ecceda la semplice amministrazione, senza l'assistenza di un curatore.

Da tale disposizione chiaramente apparisce che colui, che è inabilitato in base alla disposizione medesima, non può, senza l'assistenza del curatore, compiere nessuno degli atti quivi specificatamente indicati, ma che invece può fare senza la detta assistenza tutti gli atti che non eccedano i limiti della semplice amministrazione, appunto perchè con tali atti egli non può recare nocumento al suo patrimonio.

Ammesso, pertanto, come non può non ammettersi, che senza l'assistenza del curatore l'inabilitato possa compiere tutti gli atti di semplice amministrazione, ne segue ch'egli può senza la detta assitenza stipulare un contratto di assicurazione sulla sua vita, indicando sè stesso come beneficiato, se egli provveda al pagamento de' premii con le rendite di cui abbia libera disposizione; poichè è evidente che in tal modo non solo non reca nocumento al suo patrimonio, ma concorre ad accrescerlo e migliorarlo, capitalizzando le sue rendite per vantaggio suo e della sua famiglia.

Parimenti l'inabilitato può senza l'assisten-

---

(1) Il nostro Supremo Collegio approva autorevolmente l'opinione adottata in questa causa dalla Corte di appello di Firenze 11 marzo 1905, *Foro ital.*, 1905, 1, 886, e da quella di Lucca in grado di rinvio, per avviso difforme dalla Cass. Firenze 24 luglio 1905, *id.*, 1905, 1, 1112.

In merito all'attuale controversia il professor BONFANTE scrisse un importantissimo studio nell'ottima *Rivista di diritto commerciale* del professor SRAFFA, anno 1906, 2, 489, studio che ha per titolo *Il concetto di atto di amministrazione e il contratto di assicurazione da parte dell'inabilitato*. Il VIVANTE (*Contratto di assicurazione*, vol. III, numero 84) ritiene che il contratto di assicurazione sulla vita per lo scopo suo, pel suo carattere, non possa esser mai un atto di semplice amministrazione e debba, quindi, esser vietato agli inabilitati. Vedasi, tuttavia, a migliore schiarimento la nota apposta nel *Foro ital.*, anno 1905, 1, 886, alla già citata sentenza dell'A. Firenze 11 marzo 1905.

za del suo curatore stipulare un contratto di assicurazione sulla sua vita a favore de' suoi eredi, od anche di un terzo, se egli provveda al pagamento dei premi esclusivamente con le rendite, che per i suoi personali bisogni sono a lui somministrate, imperocchè anche in questo caso il suo patrimonio resterebbe integro, e perciò mancherebbe qualsiasi ragione per chiedere l'intervento del curatore nella stipulazione del contratto di assicurazione.

Quindi essendo pacifico tra le parti, come ritenne la Corte di rinvio, che l'inabilitato Emilio Calari provvedeva al pagamento dei premi dovuti per la polizza del 18 settembre 1900 esclusivamente con le proprie rendite, egli senza l'assistenza del curatore validamente designò quali beneficiari di quella polizza i suoi eredi legittimi, ed anche validamente senza la detta assistenza sostituì il Merighi a costoro.

Nè vale osservare in contrario che l'inabilitato, stipulando un contratto di assicurazione sulla sua vita sia a vantaggio proprio, sia a favore dei suoi eredi legittimi, o di un terzo, potrebbe eventualmente recar danno al suo patrimonio, se poi con le sue rendite non pagasse i premi stabiliti nel contratto, e la società assicuratrice, per il pagamento di tali premi, procedesse contro di lui sui suoi beni mobili ed immobili; poichè tale obbiezione non ha in generale, alcun valore, e molto meno nel caso concreto.

Non ha alcun valore, in generale, la detta obbiezione, poichè, per determinare se un atto compiuto da un inabilitato senza l'assistenza del suo curatore sia, o pur no, valido, bisogna aver riguardo all'indole dell'atto medesimo ed anche alle sue conseguenze dirette, ma non già a quelle eventuali; altrimenti si dovrebbe ritenere l'inabilitato incapace a provvedere direttamente senza l'assistenza del curatore anche a' suoi più piccoli bisogni personali con le rendite a tal uopo dal curatore somministrategli, e si spingerebbe la tutela dell'inabilitato fino al punto di pareggiarla a quella dell'interdetto, contrariamente alla lettera ed allo spirito del citato articolo 339 del codice civile.

La suddetta obbiezione non ha poi alcun valore nel caso concreto; poichè la Corte di rinvio, con apprezzamenti incensurabili in questa sede, ritenne non solo che l'inabilitato Emilio Calari avesse provveduto al pagamento dei premi esclusivamente con le sue rendite, lasciando così integro il suo patrimonio, ma altresì che la compagnia assicuratrice « The Gresham » non potesse agire contro di lui, nel caso che egli non avesse fatto il detto pagamento, essendo stabilita per tale ipotesi la sola decadenza dell'assicurazione e col diritto, decorsi tre anni, al riscatto o ad una polizza liberata.

Neppure giova osservare che l'inabilitato, stipulando un contratto di assicurazione sulla vita a vantaggio di un terzo, in sostanza attribuisce a costui la somma assicurata, e quindi dispone di un capitale, il che non potrebbe fare senza l'assistenza del curatore, giusta il citato articolo 339 del codice civile.

Infatti, come ben disse la Corte di rinvio, la semplice designazione di un terzo quale beneficiario di una polizza di assicurazione sulla vita, essendo un atto unilaterale, è revocabile *ad nutum* dello stipulante, il quale necessariamente può sostituire al terzo sè stesso od un'altra persona qualsiasi, e quindi con quella designazione egli durante la sua vita non si spoglia della somma assicurata in favore del beneficiario, nè questi diventa proprietario di quella somma; e conseguentemente la detta designazione non può considerarsi come alienazione o disposizione di un capitale, e non reca alcun pregiudizio al patrimonio dello stipulante, e può essere fatta perciò da un inabilitato senza l'assistenza del curatore.

Indarno i ricorrenti soggiungono che, se con la semplice designazione di un terzo quale beneficiario di una polizza di assicurazione lo stipulante nulla aliena, di nulla si spoglia, e resta integro il suo patrimonio, la detta designazione, qualora rimanesse ferma fino al termine della vita di lui, recherebbe danno all'asse ereditario, cioè agli eredi; e che in sostanza la designazione, di cui trattasi, non è se non una donazione condizionale, una donazione, cioè, sottoposta alla condizione che resti ferma fino alla morte dello stipulante, donazione che, ai termini del citato articolo 339 del codice civile, l'inabilitato non potrebbe fare senza l'assistenza del curatore.

Infatti, è certo che la semplice designazione di un terzo quale beneficiario di una polizza di assicurazione sulla vita, se non può costituire per la forma e per la sostanza una vera e propria donazione, costituisce una liberalità a favore del beneficiario; ma oggetto di tale liberalità, come la Corte di Appello di Firenze bene osservò nella sentenza cassata da quel Supremo Collegio, non è la somma assicurata a favore del beneficiario, la quale, non essendo mai stata nel patrimonio del-

l'assicurante, nè essendo destinata ad entrarvi, non può formare materia di un dono da parte sua: costituiscono invece oggetto della detta liberalità la stipulazione in sè stessa pel beneficio che produce e le somme che lo stipulante paga per conservarne gli effetti, privandosi così delle medesime a profitto del beneficato, affinchè questi possa godere de' vantaggi, che derivano dalla polizza di assicurazione.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

27 novembre 1906, n. 802

Caselli, *Pres.* — Lago, *Est.*

Medina (avv. *T. Salvia*) contro Marzioni (avvocato *I. Lamponi* e *A. Artigiani*).

Se, per patto espresso, il non aver pagato la pigione alla scadenza pattuita dà dritto al locatore di considerare sciolta la locazione, il conduttore non può frustrare tale diritto quesito con l'offerta reale della corrisposta dovuta, e quindi cotesta offerta reale deve dichiararsi nulla. (1)

Così pure se, per patto espresso, le eventuali ragioni del conduttore per difetti della cosa locata od altro non possono ritardare il pagamento della pigione, deve rigettarsi la domanda riconvenzionale che all'uopo il conduttore proponga, in base alla massima inadimplenti non est adimplendum, *nel giudizio di pagamento che il locatore abbia iniziato.* (2)

La Corte ecc. — Osserva che trattasi di locazione triennale, la quale fu eseguita dal conduttore ingegnere Medina per un anno e cinque mesi e che poscia, avendo questi sospeso il pagamento delle mensilità al locatore Marzioni, dovette il Marzioni convenirlo avanti il Tribunale pel pagamento di ben otto distinte rate mensili scadute in L. 900 e domandarne lo sfratto, interessi e spese, mentre il Medina a sua volta riconvenne il Marzioni per risoluzione del contratto per colpa del locatore, deducendo a prova per testimoni e perizia la inabitabilità dei locali, la loro inservibilità all'uso destinato di ufficio di campionario stufe e macchine, per umidità, mancanza di sicurezza delle finestre e per spese necessarie fatte per riparazioni a carico del locatore non state specificamente determinate.

La risoluzione delle insorte questioni mette capo alla scrittura di locazione non contestata e principalmente agli articoli seguenti:

Art. 15. Mancando il conduttore di pagare nei termini stabiliti la convenuta pigione, sarà in facoltà del locatore di richiedere oltre il pagamento delle rate scadute anche la evacuazione e lo sfratto dai locali affittati a pena della morosità come altresì di domandare tutta l'intera somma o la residuata a compiere l'annuo fitto.

Art. 12. Non potrà l'affittuario ritardare il pagamento del fitto, neppure per mancanza di cosa locata, bastando la firma dei contraenti alla presnte per rendere perfezionato il contratto ed obbligatorio, tenuto solo l'affittuario a spiegare quella qualunque azione che possa competergli in separata sede di giudizio.

Ed il Tribunale fermandosi ad interpretare la diposizione del solo art. 15 volle leggervi piuttosto che la risoluzione contrattuale e-

---

(1-2) In merito ai rapporti che scaturiscono dal contratto di locazione la nostra Corte Suprema ha reso, da ultimo, altre due decisioni.

Con quella del 19 novembre 1906, n. 760, estensore NIUTTA, si è ritenuto che l'obbligo, del locatore, di mantenere la cosa locata atta all'uso cui è destinata, si riferisce allo stato in cui la cosa era al tempo del contratto, e non già alle condizioni che posteriormente siano state imposte dalle esigenze degli avventori o dalla pubblica autorità per misura d'igiene. Nella specie, trattavasi di controversia relativa alla fonte della celebre acqua *Fiuggi*, per la quale fonte l'affituario Forastieri pretendeva dal locatore speciali opere di trasformazione. La sentenza può leggersi in *Cass. Un. civ.*, annata 1906, colonna 885.

Con l'altra decisione del 31 dicembre 1906, numero 927, est. PIANIGIANI, si è stabilito: 1. che non costituisce tacita rinunzia al diritto di chiedere la risoluzione del contratto di locazione il fatto del locatore che, avanzando due annate di pigione, mentre il mancato pagamento di una sola fa cadere il contratto, riscuota una di esse e precisamente l'ultima, sopratutto se il giudizio di risoluzione è in corso; 2. che, risoluto il contratto di locazione, il perdurare della medesima come stato di fatto dà luogo ad un indennizzo o compenso che, se non è dovuto a titolo di pigione, non può essere mai inferiore alla pigione medesima, opportunamente ripartita (causa tra la Società del Tiro a Segno d'Iglesias — avv. *Sanna* — contro Pinna — avv. *Manna* e *Buonvino*).

spressa, non altro invece che quella tacita di cui all'art. 1165 cod. civ. con conseguente applicazione di tutte le norme riferibili alla tacita condizione risolutiva inerente a qualsiasi contratto bilaterale, e ritenuta perciò valida l'offerta reale fatta dal Medina pendente causa, respinse lo sfratto ed ammise le prove per la riconvenzionale.

La Corte invece a ragione disse errato il concetto del Tribunale e venne a conseguenze affatto opposte, e dichiarò nulla la offerta reale, e risoluto il contratto per morosità del conduttore con tutte le conseguenze che ne discendono.

E per verità è troppo evidente che la facoltà che lo articolo riserva al locatore di richiedere cumulativamente il pagamento e lo sfratto non è che libertà inerente a qualsiasi diritto che, come potestà giuridica del soggetto, ne aumenta bensì la sfera di azione, ma lo lascia sempre libero di servirsene o non servirsene giusta il suo sovrano arbitrio; e ben lungi dal rilasciare i contraenti nei termini dell'art. 1165 cod. civ., crea per loro il diritto nascente dalla risoluzione contrattuale espressamente stipulata; sarebbe invero una contraddizione di termini lo affermare che una clausola contrattuale espressa non ha che la sola efficacia di una clausola contrattuale tacita.

Ma se ha errato il Tribunale nella interpretazione di quella condizione risolutiva espressa nell'art. 15 citato, neppure la Corte ha avuto un concetto esatto dell'efficacia della condizione risolutiva tacita di cui all'articolo 1165 cod. civile.

Di vero ove avesse avuto una visione esatta degli effetti della condizione risolutiva espressa in quell'articolo avrebbe capito a vista che era inutile ogni ricerca in ordine alla validità dell'offerta reale fatta dal Medina; quale atto se poteva dimostrare la seria volontà di pagare quando pure fosse o meno accompagnato da tutte le condizioni dell'articolo 903 del codice di procedura civile, non avrebbe mai potuto avere per effetto di arrestare l'esercizio del dirito quesito dal locatore pel difetto del pagamento a scadenza delle rate di fitto convenute; diritto quesito che una volta noto in favore del locatore più non poteva essere infirmato dal fatto contrario del conduttore senza violare la intervenuta convenzione, tanto alla rinunzia dello esercizio del diritto acquistato, ciò che inchiudeva altra contradizione di termini, perchè ferisce il diritto nell'atto stesso in cui vuole uniformarvisi.

Che se per ragioni di difesa stando ai soli termini dell'articolo 15 sopra enunciati potevano, siccome fu, essere introdotti contemporaneamente la riconvenzionale con cui il Medina a sua volta sosteneva la risoluzione in suo favore e il danno per mancata consegna dei locali in stato di abitabilità e servibilità all'uso locato, questa riconvenzionale non avrebbe però in nessun caso potuto ritardare la risoluzione dalla domanda principale di pagamento e sfratto, ed essendo evidentemente di lunga indagine, non avrebbe in definitiva potuto conseguire il desiderato intento.

Questo effetto tanto maggiormente doveva verificarsi nella specie, in cui la clausola risolutiva espressa, inserita nel più volte menzionato art. 15, era rafforzata e completata nella disposizione egualmente convenuta all'articolo 12, in forza della quale l'affittuario non potrà mai ritardare i pagamenti del fitto, neppure per mancanza di cosa locata, bastando la firma dei contraenti per rendere perfezionato ed obbligatorio il contratto, essendo così tessuto l'affittuario a spiegare quella qualunque ragione, che gli potesse competere, in sede separata di giurisdizione, voluta ed accettata dallo stesso Medina, non è a lui assolutamente possibile di invocare in suo favore, e nello stesso giudizio di pagamento e sfratto, la massima che governa tutti i contratti bilaterali e che è tacitamente supposta dalla legge quando i contraenti non ne fanno un patto espresso, quello, cioè, che *inadimplenti non est adimplendum*.

Se però meno esatta può essere la motivazione della sentenza impugnata, la risoluzione da essa data è giusta e giuridica, è bene a proposito la detta sentenza ha rilevato che, accolta la domanda principale, doveva necessariamente cadere la riconvenzionale, salva al Medina l'azione di danni, da proporsi in sede separata, per l'asserta mancanza della cosa locata all'uso a cui era destinata.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

1 dicembre 1906 n. 814

Pagano *Pres.* — Palladino *Est.*

Monaco La Valletta (avv. *G. Amici*) contro Massangioli Selecchi (avv. *G. Auriti*).

L'enfiteuta può manifestare la sua volontà di redimere il fondo anche nel ricorso per cassazione avverso la sentenza di appello che ha dichiarato la devoluzione del fondo stesso a favore del direttario: tuttavia, il giudizio di cassazione non resta con ciò sospeso, e la Corte, anche respingendo il ricorso, deve accompagnare la sua sentenza con una riserva a favore dell'enfiteuta, onde possa altrove giudicarsi della prevalenza o meno della domanda di affranco in confronto della devoluzione (1).

L'inadempienza biennale del pagamento del canone dev'essere un fatto precedente alla interpellazione, di cui all'art. 1565 *cod. civile, da parte del direttario* (2).

La Corte, ecc. — Osserva che la dichiarazione della ricorrente Monaco, di voler esercitare il diritto di affranco del canone sul fondo, in ordine al quale fu dichiarata dai giudici del merito la devoluzione, e la eseguita offerta reale del prezzo, non possono produrre l'effetto di sospendere la decisione sul ricorso, come dalla sua difesa si sostiene e si domanda, potendosi in tale provvedimento ritenere già concretato un effetto, per quanto limitato, in riguardo alla devoluzione, mentre tutto ciò deve evitarsi, tenuto conto delle contestazioni sorte tra le parti, specialmente in ordine alla tempestività della dichiarazione suddetta, riservando ogni libertà di valutazione sulle stesse nel giudizio, a cui nella sede competente daranno luogo.

---

(1) Cfr. la sentenza 18 febbraio 1904 dell'Appello Roma (*Palazzo di Giustizia*, 1904, 212), la quale dichiarò che l'affrancazione può chiedersi fino al passaggio in giudicato della sentenza di devoluzione; la decisione 21 ottobre 1904 del Trib. Roma (*ibidem*, 524), la quale ritenne che la clausola di provvisoria esecuzione, di cui sia stata munita la sentenza che pronunciò la devoluzione, non impedisce di chiedere l'affrancazione, in pendenza dell'appello, e di ottenere quindi, dal giudice della esecuzione, la sospensione degli atti esecutivi; e il giudicato 16 novembre 1905 della Cass. Roma (*ibidem*, 1906, 20) sull'esercizio del diritto di affrancazione da parte dei creditori dell'enfiteuta, in pendenza del giudizio d'appello avverso la sentenza che ordinò la devoluzione.

E' ovvio poi che la Corte di Cassazione non può giudicare in merito alla domanda di affrancazione proposta per la prima volta in pendenza del ricorso. Ricordiamo pure le seguenti sentenze che hanno qualche analogia con quella in commento: « La affrancazione non è più ammessa quando l'enfiteusi è stata sciolta per sentenza passata in giudicato » (Cass. Pal. 30 ottobre 1905, *Circ. giur.*, 1905, 355); « L'istanza di affrancazione del canone enfiteutico può proporsi, anche sotto forma di offerta reale, in pendenza del termine al ricorso e del giudizio di cassazione avverso la sentenza di secondo grado che ordinò la devoluzione. La sentenza di appello, sebbene esecutiva, non costituisce cosa giudicata, e non impedisce il diritto di affrancazione in pendenza del ricorso e del giudizio straordinario di cassazione » (Trib. Palermo, 10 febbraio 1905, *Foro Sic.*, 1905, 598); « Se chiesta la devoluzione del fondo enfiteutico per deterioramento, lo enfiteuta dichiara di volerlo redimere e il Tribunale riconosce i deterioramenti, ma accorda per l'affranco il termine di 90 giorni dall'intimazione della sentenza, dichiarando che trascorso questo termine la devoluzione deve ritenersi verificata, non può più farsi luogo all'affranco se dopo la notificazione della sentenza d'appello, conformante quella di primo grado, l'enfiteuta lascia trascorrere il termine fissato senza provvedere alla redenzione, per quanto sia tuttora pendente il ricorso per cassazione » (App. Bologna, 5 febbraio 1904, *Temi*, 1904, 377); « Il creditore dell'enfiteuta può intervenire nel giudizio di devoluzione e proporre l'affrancazione » (Cass. Pal., 9 gennaio 1904, *Temi Sic.*, 1904, 17); « La domanda di affrancazione può farsi dall'utilista in qualunque tempo, fino a che una sentenza divenuta regiudicata non abbia pronunciato la devoluzione » (App. Venezia, 5 luglio 1904); « Il debitore del canone, convenuto per il pagamento o per la devoluzione può, anche in sede di appello, per la prima volta chiedere l'affrancazione» (App. Venezia 3 giugno 1904, *Temi Ven.*, 1904, 167) Vedasi pure GARGIULO in *Cass. Un. civ.*, 1904, 129, sull'esercizio del diritto di affrancazione durante gli stadi del giudizio di devoluzione, e di fronte alla sentenza di devoluzione.

(2) Opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza. Vedi PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, IV edizione, vol. III, parte I, (1905), num. 182, pag. 518-519. Il VENZI nella nota *m* a pagg. 536-537 del volume medesimo ricorda conformi il FULCI, il MIRABELLI, il RICCI, il BIANCHI, il DE PIRRO, e numerosi giudicati, tra cui App. Roma, 14 dicembre 1901, *Temi Rom.*, 1902, 138.

Cons., da ultimo, Trib. civ. Roma 16 gennaio 1907, n. 7, est. PETRACCA, e la sentenza, ora confermata, dell'A Aquila 12 dic. 1905, *Giur. abr.* 1906, 21.

Osserva che non disconosce il Supremo Collegio che per la lettera e lo spirito dell'articolo 1565 cod civile la manifestazione dello enfiteuta, di voler risolvere l'enfiteusi mercè l'affranco, basta ad arrestare il corso della dimanda di risoluzione del direttario per caducità, ma ritiene di non discostarsi dal principio consacrato in detta disposizione, se ricusa di assecondare la richiesta di sospensione e non si astiene dall'esaminare il ricorso e se decidendo per le considerazioni, che saranno svolte, di rigettare il ricorso stesso. accompagna la sua decisione con una riserva a favore dell'enfiteuta sufficiente a conservare il diritto di prevalenza alla domanda di riscatto al confronto della devoluzione. e limitante così la virtù del giudicato irretrattabile alla sussistenza giuridica della devoluzione ed al niun valore delle eccezioni, onde fu combattuta, ed in modo da non costituire ostacolo all'esercizio dell'affrancazione.

Osserva che. passando ai mezzi del ricorso, s'impone preliminarmente il secondo che ha carattere pregiudiziale. La Corte di Aquila avendo giudicato che l'inadempienza biennale del pagamento del canone dev'essere un fatto precedente alla diffida, che si concreta mercè l'atto di formale interpellanza, si è attenuta alla soluzione sulla quale si è affermata la precedente giurisprudenza, e che il Supremo Collegio a sua volta ritiene di doversi adottare, sia perchè non trova resistenza nella parola della legge, e sia perchè non le manca il suffragio della ragione di essa. Sembra infatti dall'esame del testo (art. 1565 n. 1 cod. civ.) che il concetto dominante del legislatore sia stato quello di subordinare la caducità dell'enfiteuta non soltanto alla inadempienza come negli altri contratti per effetto della condizione risolutiva, ma alla persistenza della stessa, lasciando insolute due annate successive di canone, e non prestandosi a regolare la sua condizione dopo l'atto d'interpello con la comminatoria delle conseguenze derivanti dall'ulteriore ritardo; onde l'inadempienza nei termini specificati dal testè riferito articolo, deve essere l'antecedente logico dell'interpellanza, come ambedue, inadempienza biennale e continua prima, ed interpellanza poi, sono l'antecedente logico ed indeclinabile per la domanda di devoluzione.

Deve poi accogliersi questa interpretazione per essere conforme alla ragione della legge ed alla logica giuridica, qualora si pensi che, seguendo la tesi della ricorrente, si attribuiscono al legislatore due concetti egualmente ripugnanti ed inaccettabili, o d'intimare la interpellanza all'enfiteuta, che si conserva adempiente al pagamento dell'annua prestazione, o di ritenere che, per incorrere nella caducità derivante dalla inadempienza, l'enfiteuta debba, oltre che rimanere inadempiente per due annate consecutive dopo aver ricevuto l'interpello, aver quanto meno trascurato il pagamento dell'annata precedente all'interpello, che sarebbe quindi provocato da tale trascuranza.

Si oscilla così tra l'assurdo conseguente dal primo concetto e la violazione del testo della disposizione legislativa inerente al secondo concetto, mediante l'aggiunzione di un altro elemento, dalla legge non voluto, per l'esperibilità dell'azione di devoluzione. Non occorre di più per condannare l'assunto della ricorrente, e rigettare il mezzo secondo nel quale si è svolto.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

15 dicembre 1906 n. 885

Basile *Pres.* — Baudana-Vaccolini *Est.*

Banco di Napoli (avv. *G. Guarini*) contro Olivieri e Bonelli (avv. *G. Manna* e *A. Amici*).

Se la Corte di appello, in riparazione della sentenza del Tribunale, ammette una prova per testimoni e trattiene a sè la causa, delegando il Tribunale stesso a raccogliere la prova, bene assiste agli esami, nell'interesse di una delle parti, il procuratore alle liti di primo grado, perchè, se la qualità di procuratore è venuta meno in lui, non gli è venuta meno, però, la qualità di semplice mandatario a termine dell'art. 233, *prima parte, Codice procedura civile* (1).

(1-2) Sulla prima massima egualmente decideva la confermata sentenza dell'A. Aquila 25 maggio 1906, che può leggersi nell'ottima *Giur. ital.*, 1906, 1, 2, 609.

Sulla seconda massima, quasi contemporaneamente la Corte di Cassazione di Firenze ebbe a rendere una contraria sentenza, in cui si sostiene che le liste testimoniali possono notificarsi cinque giorni prima dell'esame di ogni singolo teste (dec. 10 dicembre 1906, est. MORELLI, in *Temi ven.*, 1907, pag. 1).

La giurisprudenza, però, si mantiene prevalente

Le liste testimoniali sì in prova, che in riprova debbono scambiarsi, reciprocamente e sotto pena di nullità, dai procuratori cinque giorni prima di quello dell'esame, che è il giorno fissato dal giudice delegato nell'ordinanza di inizio della prova, e non il giorno in cui l'esame veramente comincia a seguito di proroghe o rinvii (2).

La Corte ecc. — La Corte di appello di Aquila avrebbe potuto esimersi di esaminare e risolvere la questione, se l'avv. Cirillo De Lollis procuratore della Marchesa De Felici avanti il Tribunale di Chieti, avesse legittima veste per assisterla negli esami testimoniali presso quel Tribunale delegato dalla Corte di Appello di Aquila, la quale aveva a sè avocato il giudizio sul merito della causa; imperciocchè il Procuratore del Banco di Napoli non elevò formale incidente in proposito, come si legge nella sentenza impugnata, ma solo si limitò ad una semplice osservazione non produttiva, per conseguenza, di effetti giuridici.

Egli non provocò nessuna decisione del magistrato, ed a ragione perchè il De Lollis fornito di mandato in forma autentica, giusta l'art. 48 del cod. di proc. civ., con lo incarico espresso « di rappresentare o difendere la De Felici innanzi al Tribunale di Chieti e le Preture della Provincia » legittimamente la aveva rappresentata durante il giudizio di primo grado, e proseguì a rappresentarla anche nel minor compito di assisterla negli esami testimoniali. E' vero, come già si notò, che il Tribunale era stato a questo incarico delegato dalla Corte, la quale aveva a sè ritenuta la causa già decisa in primo grado, ma se perciò veniva meno nel De Lollis la qualità di Procuratore, subentrava in lui quella di mandatario nel senso degli articoli 207 e 233 primo comma del cod. di proc. civ., i quali, per facilitare l'esecuzione della prova, non richiedono l'assistenza di un procuratore legale ed ammettono persino l'intervento personale delle parti.

In forza dell'art. 234 primo comma del succitato codice, i procuratori devono notificarsi, reciprocamente giorni cinque, prima di quello dell'esame dei testimoni, l'indicazione del nome cognome, della condizione e residenza dei medesimi. Quale sia il giorno degli esami è detto nel precedente art. 233: il giorno stabilito dal giudice. Questo, e non altro, può essere il giorno dell'esame, senza potersi tener conto dei differimenti o rinvii, ovvero delle proroghe che di questi hanno lo stesso valore, altrimenti facili potrebbero essere e dannosi e gravi gli artifizi e gli inconvenienti che la legge ha inteso di prevenire. Tale è l'attuale giurisprudenza di questo Supremo Collegio.

Invano si dice che l'ordinanza del presidente, che rinviò e prorogò gli esami dei testimoni, non fu impugnata nel prescritto termine perchè con la stessa ordinanza espressamente si lasciarono salve le deduzioni fatte dal De Lollis, il quale appunto, nello interesse della De Felici, si era opposto all'esame della controparte per non essere stata la relativa lista dei testimoni notificata nei cinque giorni liberi, e si era riservato di eccepire di nullità l'esame testimoniale.

La nullità della notificazione fu pronunziata dalla Corte di Appello per non essersi osservato il termine legale, ossia quello prescritto dal suddetto articolo 234, « onde, disse la Corte, la nullità della notificazione e la decadenza dal diritto di poter fare la prova contraria », e poi soggiunse che « la rinnovazione della notificazione e la proroga della riprova non resero possibile il rispetto del termine legale, salvando così da ogni decadenza del diritto di fare esaminare i propri testimoni, poichè il termine fisso era quello stabilito dal giudice, da cui nascevano i mutui diritti delle parti ». Con siffatta considerazione la Corte sufficientemente rispose alla conclusio-

---

nel senso di questa sentenza del Supremo Collegio Romano. In proposito si vegga, oltre la decisione 15 maggio 1906 dell'A. Roma, est. CAPRIOLO (nella nostra Raccolta, anno 1906, pag. 274, con nota), la sentenza 1. settembre 1906 della Cass. Napoli, est. SORRENTINO, in *Gazz. Proc.* XXXIV, 356, sentenza preceduta dalle altre conformi della stessa Corte in data 16 giugno e 25 agosto 1906 (*id.* XXXIV, 307 e 328), relative a prova testimoniale che verte innanzi il Pretore e il Conciliatore.

Cfr. anche A. Bologna 26 ott. 1906, *Temi*, 1906, 888.

Il Trib. civ. Roma 30 maggio 1906, est. MILANO, decise che, quando il Collegio abbia delegato un suo giudice ed un Pretore per raccogliere la prova testimoniale in luoghi diversi, il termine di cinque giorni, utile per la reciproca notifica delle liste, va considerato in rapporto al giorno fissato per gli esami con la prima ordinanza da uno dei delegati stessi. (*Gazz. Proc.*, XXXIV, 339).

[illegible]

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

31 dicembre 1906 n. [illegible]

Pagano Pres. — Setti Est.

Finanze (avv. erariale Corno) contro Mazza (avv. G. Gaspari e L. Lo Russo).

L'appellante può purgare la propria contumacia e far riaprire il contraddittorio; però, se l'appellato ha già chiesto il rigetto dell'appello senza esame e l'appellante non ha fatto in antecedenza alla detta richiesta, il deposito della sentenza appellata e degli atti e documenti del primo giudizio, l'appellante non ha diritto che la sua causa venga esaminata in merito, ma ha soltanto il diritto di veder giudicato se concorrono o meno le condizioni per pronunciarsi il rigetto dell'appello senza esame (1).

La Corte a Sezioni unite, ecc. — Sebbene le eccezioni fatte col controricorso abbiano indole preliminare, cosicchè, secondo gl'intendimenti del Barone Mazza, dovrebbero essere prese in esame prima della questione di merito, pur tuttavia la Corte non può tenerle in alcun conto, perchè essa deve accettare il fatto, quale fu ritenuto dalla sentenza denunziata e che è identico a quello esposto nella sentenza della Cassazione di Napoli e nel giudicato dalla Corte di Catanzaro. Potrà il contro[illegible] farle valere nella [illegible] sede di merito, ma ciò senza snaturare l'indole del giudizio a cui egli ricorre.

E [illegible] la sentenza [illegible] ha ritenuto che all'udienza del 25 aprile 1906 il Barone Mazza si rese contumace e che a quella udienza la Finanza chiese il rigetto dell'appello senza esame, [illegible] resta che vedere se la Corte di merito, scostandosi dagli insegnamenti che la R. Corte di Cassazione di Napoli le aveva dato, abbia risoluto esattamente la questione che le era sottoposta.

E [illegible] considerazioni, che la controversia è antica quanto il Codice di proc. [illegible] sull'art. 489 ben più di [illegible] sentenze nelle effemeridi giudiziarie, ed essendo la costante giurisprudenza di questa Corte in tutto diversa da quella seguita dalla Corte d'Appello napoletana.

Sta bene che per [illegible] generale (art. 386 cod. proc. civ.) il contumace possa comparire e proporre le sue ragioni a difesa fino a che non sia intervenuta la sentenza definitiva, ma non è men vero che a questa regola generale fu introdotta, con l'articolo 489 dello stesso codice, una eccezione nel tema dei giudizi di appello. Quando l'appellante, dice questo articolo, non abbia fatto il deposito della sentenza, degli atti e del mandato, il magistrato, sulla domanda dell'appellato comparso, rigetta l'appello, come pure quando l'appellante non sia comparso all'udienza stabilita nella citazione, se questa sia in via sommaria, o, comparendo, non abbia presentato i documenti surriferiti. E l'art. 51 del regolamento per la esecuzione della legge 31 marzo 1901 dispone, troncando così le lunghe dispute già sorte in passato, che il rigetto dell'appello senza esame, a norma dell'art. 489 cod. proc. civ., è pronunciato nel caso di non comparizione dello appellante all'udienza fissata per la discussione.

Con ciò il legislatore ha dettata una disposizione di deroga alla norma generale della purgazione della contumacia, di cui al citato art. 386 cod. proc. civ., e se, per questa disposizione speciale, è attribuito all'appellato il diritto a domandare il rigetto dell'appello senza esame, diventa arbitrario il richiamarsi

---

(1) Le Sezioni Unite della Cassazione romana dànno autorità all'indirizzo seguito in proposito dalla prevalente giurisprudenza. Si vegga negli identici sensi la Cass. Palermo 21 giugno 1906, *Foro etc.*, 1906, 353, e l'A. Roma 31 gennaio 1907, est. MANFEROCE, che pubblichiamo più innanzi nella presente Raccolta (e precisamente a pag. 85), facendola seguire da breve nota di richiami.

alla regola generale, di cui quella speciale è una deroga.

Del resto, con lo ammettere la opinione seguita dalla Corte di merito napolitana, si verrebbe a togliere qualsiasi valore pratico al disposto dell'art. 489, giacchè si renderebbe illusorio il diritto che questo articolo riconosce all'appellato regolarmente comparso.

Sarà lecito all'appellante di purgare la propria contumacia, ma non nel caso in cui lo appellato siasi valso del diritto che l'art. 489 sanziona poichè una volta, in cui di cotesto diritto l'appellato si sia valso, la posizione dell'appellato non ammette più alcun riparo.

Solo per una concessione informata più a benignità che alla lettera della legge si è ammesso che, riapertasi, sull'istanza tardiva dell'appellante, la discussione della causa, questi possa difendersi sul punto della concorrenza o meno delle condizioni giuridiche richieste per l'applicazione del citato art. 489; ma se queste condizioni siano riconosciute esistenti; il rigetto dell'appello senza esame dovrà essere pronunziato e qualsiasi discussione di merito rimarrà all'appellante preclusa, essendosi opposto, al suo eventuale diritto di fare esaminare dal magistrato la controversia, il diritto irretrattabile quesito dell'appellato di vedere senza esame rigettato l'appello proposto.

Essendo in questo senso pacifica e costante la giurisprudenza di questa Corte, torna inutile ogni ulteriore argomentazione.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

6 dicembre, 1906, n. 730

Spaziani, *Pres.* — Cantone, *Est.*

Agostinelli (avv. *G. Fini*) contro Testa (avvocato *G. Lauricella* e *G. Grisostomi*), Vinciguerra (avv. *P. Lazzè*) ed altri.

Sono elementi sufficienti per far ritenere la simulazione l'interesse a simulare (causa simulandi), *la parentela dei contraenti, il possesso delle cose vendute nel venditore, il pagamento non contestuale del prezzo* (1).

Dichiarata la simulazione, le parti che la posero in essere vanno condannate solidalmente alle spese del giudizio (2).

La Corte, ecc. — *In fatto.* Pietro Agostinelli creditore della somma di lire 1192, 25 per importo di somministrazione di farine fatte a Ginevra Testa ved. Benedetti a tutto il 4 febbraio 1905, nel 7 Marzo successivo, a mezzo dell'Uff. Giudiziario Ciarambino, le fece l'interpellanza per il pagamento della somma dovutagli in L. 1192,25; ma la Testa, ammettendo di dovere la somma, disse che pel momento non poteva pagarla e di non poter prestare garanzia per la sicurezza del credito. In base a questa constatazione, l'Agostinelli convenne la Testa innanzi il Tribunale di Roma, per farne dichiarare il fallimento e quel Collegio con sentenza 3-12 aprile 1905 dichiarò il fallimento, nominando a curatore provvisorio l'avv. Alessandro Secreti.

Essendosi, però, assodato che il passivo non superava le L. 5000, il curatore fece istanza per la revoca del fallimento, e lo stesso Tribunale, con sentenza 5 giugno 1905, revocò il fallimento, nominando a commissario giudiziale lo stesso avv. Secreti.

Nella relativa procedura la debitrice offrì ai creditori il 10 per cento pagabile entro 2 mesi, percentuale che non fu accettata dall'Agostinelli, il quale domandò che entrasse a far parte della massa attiva fallimentare la casa in Marino, via Principe Amedeo e vicolo S.Lucia, del reddito imponibile di L. 150, che diceva simulatamente ed in frode dei creditori venduta dalla Testa al proprio cognato Natale Vinciguerra per l'irrisorio prezzo di lire 1100 con istrumento 8 Febbraio 1905, rogato Fumasoni.

Dopo ciò, con atto 2 Nov 1905, l'Agostinelli citò la Testa ed il Vinciguerra davanti il Tribunale per sentir dichiarare nullo e di niun effetto il contratto di vendita 8 febbraio 1905, perchè simulato o quanto meno fatto in frode dello istante, ed in ogni caso sentir rescindere per lesione il contratto stesso, colla condanna solidale ai danni da liquidarsi in separata sede, alle spese ed onorari del giudizio.

— (1) Nei precisi termini ebbe a decidere il Trib. civ. di Perugia 6 dicembre 1904, in *Corte Anc.* 1905, 111. Cfr. pure A. Milano 31 maggio 1906, estensore RAIMONDI, in *Mon. trib.* 1906, 833.

L'A. Trani 21 maggio 1906 ritenne che costituisce anche presunzione di simulazione il fatto che il debitore *in date prossime fra loro* faccia varii e differenti atti di alienazione e cessione delle sue so-

L'adito Tribunale con sentenza 29 gennaio-7 febbraio 1906 respinse la preliminare istanza per simulazione e frode, e riservato ogni ulteriore provvedimento in merito e sulle spese, dispose una perizia per stabilire il valore che l'immobile aveva all'epoca della vendita.

Avverso tale sentenza propose appello in tempo utile l'Agostinelli con atto 16 marzo 1906. Appellò per incidente anche il Vinciguerra nella parte in cui la sentenza ammise la perizia. Ma la Corte con sentenza 26 giugno-3 Luglio 1906 ordinò di ufficio l'intervento in causa del commissario giudiziale. Riassuntasi, poscia, dall'Agostinelli la causa con atto 2 Agosto 1906, nell'udienza di spedizione la parti presero le loro conclusioni.

Osserva, *in diritto*, che le doglianze dello appellante Agostinelli si riassumono in questo: che i primi giudici non si resero ragione e non vagliarono convenientemente tutte le circostanze di fatto da lui addotte, e quindi ritennero non provata sia l'azione di simulazione che quella di frode.

Osserva che coteste doglianze si ravvisano fondate. A prescindere dall'azione di frode, che venne proposta in via subordinata, non è dubbia la simulazione del contratto di vendita 8 febbraio 1905. Vi è, anzitutto, la *causa a simulare* consistente nell'interesse della Testa di evitare atti esecutivi.

Invero la Testa debitrice dell'Agostinelli per somministrazione di farina, l'ultima delle quali fatta nel 4 febbraio 1905, quattro giorni dopo, e cioè l'otto Febbraio, stipulò l'istromento di vendita della casa, ora impugnata; e quando nel successivo 7 Marzo l'Agostinelli, a ministero di Uff. Giud., le fece l'interpellanza per il pagamento della somma dovuta ammontante a L. 1192, 25, la Testa rispose di non poter pagare e di non poter prestare garenzia pel credito.

E' chiaro adunque che nel procedere alla vendita la Testa ebbe di mira di liberarsi dalle molestie del suo creditore che, non pagato del suo credito, poteva far subastare l'immobile che si trovava in proprietà di lei. Oltre la causa a simulare, evvi un altro elemento importantissimo, e cioè la *continuazione del possesso dell'immobile nella debitrice*, mentre secondo la natura dell'atto stesso, avrebbe dovuto passare nel terzo. E questo fatto si desume da tutti gli atti della causa, a cominciare dall'interpellanza 7 marzo 1905 sino alla citazione di appello 16 marzo 1906, atti intimati tutti alla Testa in Marino, via Principe Amedeo 30-31, cioè proprio nella casa venduta, mentre il voluto compratore, come risulta dagli atti medesimi, è domiciliato pure in Marino a Via Cola di Rienzo, n. 38. Nè per escludere tale fatto giova ricorrere, come fece il Tribunale all'ipotesi di un possesso, *nomine alieno*. Quest'ipotesi, del tutto arbitraria, non fu fatta neppure dalla parte, ed in ogni modo manca ogni ombra di prova in proposito.

Si aggiunga che la vendita fu fatta *ad un prossimo parente della Testa*, cioè a Natale Vinciguerra *suo cognato*, e per un prezzo non corrispondente al valore reale, inferiore financo a quello che risulta dall'avviso di asta, prodotto in atti, evidentemente allo scopo di pagare una minor tassa di registro, *e per giunta il prezzo non fu pagato nell'atto della stipulazione*, ma la venditrice dichiara averlo avuto *in precedenza* dall'acquirente, senza che sia stato in modo alcuno provato che realmente costui fosse creditore della venditrice stessa.

Osserva che, dati cotesti elementi, la Corte si convince essere del tutto fittizio l'impugnato istromento di vendita. Ed a conferma di ciò sta l'avviso dell'avv. Secreti primo curatore, e poscia commissario giudiziario, chiamato in causa. Egli, riportandosi a quanto ebbe a scrivere nella sua relazione dice: « Non possiamo che confermare che la vendita avvenuta fra la Testa ed il cognato Vinciguerra dava a divedere che essa era inficiata di frode o di simulazione ».

L'avv. Secreti (anche per i colloqui avuti

---

stanze, manifestando questi atti la finalità unica di sottrarre le garanzie ai suoi creditori (*Foro Puglie* 1906, 401).

D'altronde, è noto il broccardo giuridico « *Simulatio et laevioribus conjecturis probatur* », broccardo al quale ancor si attiene la novissima giurisprudenza (Cass. Roma 19 dicembre 1904, *Corte Suprema* 1904, 2, 514; Cass. Napoli 30 luglio 1904, *Gazz. Proc.* XXXIII, 171; A. Roma 19 maggio 1904, in questa nostra Raccolta, anno 1904, pag. 276).

La giurisprudenza, anzi, propende ad esser rigorosa, e ciò non è male, perchè è d'interesse pubblico che le frodi non abbiano campo ad offesa del patrimonio morale di una popolazione.

— (2) Cfr. A. Casale 16 settembre 1886, *Giur. casal.*, VI, 343, ed in genere il compianto C. FERRINI, in *Digesto italiano*, voce *Delitti e quasi delitti*, numero 138, pagina 806.

con la fallita e la sua sorella, moglie del Vinciguerra, e con questo, che ebbe a farsi vedere una sola volta quando, interpellato dal curatore sulla necessità di fare un concordato perchè la vendita sarebbe stata dichiarata nulla, ebbe solo a rispondere che finchè la vendita non fosse annullata la casa era sua e nulla più) si formò la convinzione che il detto istromento di vendita dovesse annullarsi; e, se il fallimento non si fosse ridotto a piccolo fallimento, egli quale curatore avrebbe domandato la retrodazione dell'epoca di cessazione dei pagamenti ed avrebbe promosso il giudizio di nullità della vendita.

Osserva che accolto per le suespresse considerazioni l'appello principale dell'Agostinelli devesi per conseguenza rigettare l'appello incidente proposto dalla Testa.

Che le spese sono a carico di chi soccombe, cioè della Testa e del Vinciguerra, che trattandosi di un'obbligazione solidale (art. 1156 cod. civ.), possono essere dichiarati tenuti alle spese solidalmente (art. 371 cod. proc. civile).

Per questi motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

18 dicembre 1906 n. 764

Cardona *Pres.* – Bonelli *Est.*

Egidi (avv. *G. Piazza* e *S. Coen*) contro D'Argyropulo (avv. *R. Nicoletti*), Bazzichelli (avv. *F. Puntieri*) ed altri.

La decadenza dal beneficio del termine, incorsa, per insolvenza o per qualsiasi altra causa, dal debitore principale, non porta seco la decadenza a carico del fidejussore, sia pur questi fidejussore solidale (1).

La Corte, ecc. — La decadenza dei debitori principali dal termine porta seco anche quella del fidejussore? Ecco la questione giuridica che si presenta all'esame della Corte e che questo Collegio crede doversi risolvere negativamente.

Il principale, anzi l'unico argomento addotto dalla sentenza appellata per ritenere l'opinione contraria, si è quello desunto dall'essere la obbligazione del fideiussore un accessorio dell'obbligazione principale. Il principio è vero, ma il Tribunale ha ecceduto nella conseguenza che ne ha tratto, parificando in modo assoluto e invariabile la condizione del fideiussore a quella del debitore principale, mentre il concetto di accessorietà è ben diverso da quello di identità dell'obbligazione. Non è detto nella legge, e non rientra nella nozione giuridica del rapporto fideiussorio, che il fideiussore debba seguire per ogni verso, di fronte al creditore, le sorti del debitore principale. Si presume, invece, che il fideiussore, il quale accede ad una obbligazione *a termine*, abbia fatto assegnamento su questa dilazione, e non può quindi ritenersi che abbia voluto esporsi alla decadenza che la legge commina contro il debitore decotto e che va invece ristretta nei rapporti personali tra costui e il creditore.

All'obbietto, poi, che il fideiussore si è obbligato in previsione della insolvibilità del debitore, ben si risponde che egli, nell'obbligarsi, ebbe riguardo alla insolvibilità che si sarebbe potuta verificare al momento della scadenza, non già a quella anteriore. Questi principii permangono immutati anche nel caso che la fideiussione sia solidale, come avviene nella specie in esame; imperocchè il vincolo della solidarietà priva bensì il fideiussore del *beneficium excussionis et ordinis*, costringendolo a sottostare all'azione del creditore quand'anche questi non abbia preventivamente escusso il debitore principale (articolo 1907 cod. civ.), ma non importa che il fideiussore si renda passibile della decadenza derivante dal fatto proprio del debitore, cioè

(1) Non è nuovo il principio che la obbligazione del fidejussore anche solidale non è identica a quella del debitore principale. Si confr., ad esempio, l'A. Bologna 29 dicembre 1905, est. FRACCACRETA, in *Temi ven.* 1906, pag. 78.

Come non nuoce al fidejussore l'insolvenza del debitore principale, così non gli giova: onde fu deciso che il fidejussore non resta liberato per la insolvenza del debitore sopravvenuta al ritardo del creditore ad agire, ove in diritto sia tuttora possibile la surroga di lui nelle ragioni del creditore (Cass. Torino 5 dicembre 1903, *Legge* 1904, 536).

Ultimamente (dec. 7 dicembre 1906, *Mon. pret.* 1907, 21) l'A. Firenze, est. GERMANO, nello stabilire che la limitazione della fideiussione nella sua durata non si presume, ma deve essere espressamente stipulata, ha avuto occasione di dare uno sguardo alla vecchia dottrina sulla fideiussione *causa indennitatis*, che però non è produttiva di conseguenze nel nostro diritto.

dalla insolvenza in cui questi sia caduto. Che il debitore solidale non perde il beneficio del termine per la insolvibilità del suo debitore è teorica non contrastata nemmeno dalla difesa della D'Argyropulo, la quale, per giustificare la diversità di trattamento cui vorrebbe sottoporre il fideiussore solidale, si fonda sul dire che nel caso di più condebitori solidali vi siano più obbligazioni principali, l'una distinta dall'altra, quasichè anche l'obbligazione del fideiussore non fosse distinta da quella del debitore principale. Ma, del resto, è la legge stessa che nel citato art. 1907, parificando la obbligazione del fideiussore solidale a quella del condebitore solidale, fornisce un argomento di più per ritenere che, se la perdita del termine non colpisce il condebitore solidale, tanto meno deve colpire il fideiussore. Sotto tutti gli aspetti, quindi, si ravvisa preferibile la teorica che preserva il fideiussore anche solidale dalla decadenza incorsa dal debitore, teorica che, per quanto non senza contrasti, è prevalsa nella scuola patria come in quella francese, avendo, per dirla con un insigne nostro giurista, il suffragio degli scrittori più illuminati.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

18 dicembre 1906 n. 770

Cardona *Pres.* — Bonelli *Est.*

Sella (avv. *A. Sandrini*) contro Fares (avv. *F. Russo*).

Poichè infortunio per causa violenta è quello non derivato da causa naturale, deve ritenersi come infortunio risarcibile anche la lesione interna prodotta dallo sforzo fatto nel sollevare un masso troppo pesante (1).

La Corte, ecc. — La seconda eccezione consiste nel disconoscere nel fatto, così come è prospettato e dedotto (il Fares riportò la lesione nel compiere un grande sforzo per collocare su di una muratura un masso troppo pesante, sforzo che gli cagionò uno scroscio nella regione lombare con forte dolore interno), gli estremi dello infortunio indennizzabile a termini della legge speciale, e ciò perchè non si tratterebbe di *lesione proveniente da infortunio*, che avvenga per causa violenta (art. 7 legge 31 genn. 1904).

Ma anche tale eccezione si ravvisa infondata perchè si basa sull'erroneo supposto che la causa *violenta*, di cui parla la legge, possa essere soltanto un fatto meccanico produttivo di una lesione materiale esterna, mentre dottrina e giurisprudenza hanno ormai concordemente ripudiata siffatta teoria contraria alla lettera e allo spirito della legge: alla lettera, perchè causa violenta non vuol dire causa *esterna*, ma solo causa *non naturale* e non escludente, quindi, le lesioni interne causate da uno sforzo eccessivo fatto durante il lavoro: allo spirito, poichè la nozione dell'infortunio è data dal rapporto di causa (sia questa efficiente o anche soltanto occasionale) ad effetto tra il lavoro e la lesione verificatasi, tantochè si è ritenuto costituire infortunio risarcibile financo una malattia organica contratta in occasione del lavoro, ad esempio per un grave panico e per una violenta scossa al sistema nervoso subita a causa del lavoro (Cass. Napoli 31 luglio 1905, *Foro ital.*, 1, 1352). Ma, nella specie, per ritenere ammissibile l'azione del Fares non occorre dare alla legge un'interpretazione così larga, bastando intendere le parole «infortunio che avvenga per causa violenta », secondo il concetto, inoppugnabilmente esatto, di contrapposto ad infortunio derivato da causa naturale; e non può dirsi, certo, dipendente da causa naturale una lesione interna prodotta dallo sforzo eseguito per sollevare un masso troppo pesante.

---

(1) Anche l'A. Venezia 7 febbraio 1905, *Temi veneta*, 1905, pag. 506, ritenne che le parole *causa violenta* debbano intendersi come contrapposto alle altre *causa naturale*.

Il CARNELUTTI, però, nel commentare cotesta decisione (in nota, ivi), non trovò di suo gusto la cosa, mentre, invece, si persuase che *causa violenta* dovesse chiamarsi solo *quella che agisce rapidamente sul corpo umano*.

Lo scritto del CARNELUTTI è miniera di osservazioni profonde e geniali, per quanto disattese dalla Cass. Firenze 19 aprile 1906, che rigettò il ricorso proposto contro la succitata sentenza della Corte veneziana: veggasi *Temi ven.*, 1906, pag. 519.

Sempre sul concetto di causa violenta si consulti anche la decisione 31 dicembre 1904 della Cass. Torino (in *Riv. di dir. comm.*, anno 1905, fasc. IV, con nota dello stesso F. CARNELUTTI, nonchè l'altra 24 novembre 1906 della Cass. Napoli (in *Giur. ital.* 1907, 1, 1, 37, con nota di richiami).

CORTE D'APPELLO DI ROMA

12 gennaio 1907 n. 6

Cardona *Pres.* — Mosca *Est.*

Finanze (avv. erariale *Panzarasa*) contro Società anonima delle Terme Magnaghi (avvocato *G. Valli*) e Società D. Magnaghi e C. (avv. *P. Mazza, V. E. Orlando* e *V. Scialoia*).

Le concessioni contrattuali, fatte dallo Stato, a differenza delle semplici concessioni-licenze, dànno luogo al sorgimento di diritti pubblici subiettivi nel concessionario, e non sono revocabili ad nutum, *ma soltanto a norma dei patti stabiliti, salva la facoltà di revoca per gravi ragioni d'interesse pubblico* (1).

Ogni diritto patrimoniale è cedibile e trasferibile ad altri, se il divieto della cessione non risulta nè dal contratto, nè dalla legge (2).

Fatta dallo Stato una concessione mineraria e pattuita o stabilita dalla legge la indivisibilità della detta concessione (come, ad esempio, nella legge parmense sulle miniere 21 giugno 1852), *non è vietato, in difetto di una contraria statuizione, di trasferire ad altri il diritto di esportare i frutti della miniera* (3).

La Corte, ecc. — Considera in diritto: Che due sono, in fondo, le tesi sostenute dall'Amministrazione appellante. La prima è questa: Il permesso di esportazione delle acque salsojodiche, contenuto nella convenzione 8 agosto 1905, era revocabile *ad nutum*, perchè, risolvendosi esso nella soppressione del divieto di esportazione imposto nel decreto di concessione mineraria dell'8 giugno 1893, deve reputarsi parte dello stesso decreto di concessione, nel quale, invece del divieto, avrebbe potuto originariamente stabilirsi il detto permesso di esportazione; donde la conseguenza che, trattandosi di concessione unilaterale o semplice autorizzazione, senza cioè alcuna mistura di rapporti contrattuali tra l'Amministrazione ed il concessionario, essa era revocabile ad arbitrio dell'Amministrazione concedente, la quale nessun obbligo aveva assunto verso il concessionario. Tale carattere di atto amministrativo unilaterale nel permesso di esportazione è stato, prosiegue la Finanza, implicitamente riconosciuto dallo stesso Tribunale, che non ha creduto di prefiggere all'Amministrazione, in conformità della seconda parte della domanda della Società attrice, un breve e perentorio termine per emettere i provvedimenti diretti a regolare la esportazione delle acque.

La seconda tesi poi dell'Amministrazione è

(1-3) Con questa nitida decisione è da sperare che abbia fine una causa che l'Amministrazione finanziaria italiana ha condotto non si sa bene con quale intento precipuo.

(1) La Corte conferma in sostanza i concetti manifestati dai primi giudici nella medesima causa (ved. sentenza del Trib. civ. di Roma 20 luglio 1906, est. DE FICCHY, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 478). Siffatti concetti, del resto, sono di una esattezza indiscutibile e trovano accoglimento presso tutti i cultori del diritto amministrativo. Si consultino, ad esempio, gli studi del RANELLETTI, *Teoria delle autorizzazioni e concess. amministrative* (*Giur. ital.*, 1894), del FORTI, *Natura giuridica delle concess. amm.* (*Giur. ital.*, 1900), del CAMMEO, *La volontà individuale nel dir. pubblico* (*Giur. ital.*, 1899), ecc. Cfr. anche GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, 1900, vol. III,, pagina 294. Per casi specifici di concessioni contrattuali da parte dello Stato, esaminati dalla giurisprudenza italiana, ricordiamo le decisioni della Cass. Roma 10 agosto 1892, *Giur. ital.* 1892, 1, 1, 883 — 11 agosto 1893, *id.* 1893, 1, 1, 976 — 8 marzo 1900, *Corte Supr.* 1900, 24 — 18 agosto 1903, *Giur. ital.* 1904, 1, 1, 949; della Cass. Firenze 22 dicembre 1902, *id.* 1903, 1, 1, 472; della Cass. Napoli 13 giugno 1902, *id.* 1902, 1, 1, 858; della Cass. Torino 16 giugno 1902, *id.* 1902, 1, 1, 838.

(2-3) Si capisce bene, altro è cedere *il diritto* concesso dallo Stato ed altro è cedere l'*esercizio* di tale diritto. Il RANELLETTI (ved. studio citato più sopra) insegna che anche nei casi in cui sulla concessione influirono considerazioni personali e il concessionario non può cedere a terzi i suoi diritti senza il preventivo consenso dell'amministrazione, egli può sempre cedere *liberamente* l'esercizio di tali suoi diritti, senza consenso dell'autorità concedente, *quando* non venga meno la ingerenza personale di lui sull'esercizio, vale a dire questo venga fatto sotto la vigilanza di lui, perchè, in tale caso, le sue qualità personali continuano ad agire e ad avere influenza sull'esercizio del diritto, e l'autorità concedente non deve preoccuparsi dei mezzi che il privato impiega per soddisfare alle sue obbligazioni.

Per le varie leggi minerarie ancora vigenti come la legge parmense del 21 giugno 1852, veggasi la *Legislazione mineraria* degli avvocati BO e TAPPARI, 1890. Per le tasse sulle concessioni governative si consulti l'opera del CLEMENTINI.

la seguente: Dato pure che il permesso di esportazione non potesse reputarsi formar parte della concessione mineraria, nè averne la stessa natura, esso sarebbe stato sempre revocabile, a norma della concessione-contratto dell'8 agosto 1905, per inadempimento da parte del concessionario di due obblighi a lui imposti, l'uno dall'Amministrazione, l'altro dalla legge: l'obbligo cioè di non avvalersi, pel servizio di esportazione delle acque, dell'opera di intermediari, e l'obbligo di non cedere ad altri il diritto di esportazione; cessione che avendo per obbietto, non già i semplici frutti della miniera, ma la sostanza stessa della medesima, importa divisione della concessione mineraria, contrariamente al principio della indivisibilità, sancito nella legge parmense del 1852.

Che nessuna però di queste due tesi ha fondamento giuridico.

Non la prima, perchè il permesso di esportazione conceduto con la convenzione dell'8 agosto 1903 non partecipa punto della natura della concessione mineraria fatta col regio decreto dell'8 giugno 1893. Non vi partecipa per la forma, giacchè quel permesso fu dato non con un atto unilaterale di autorizzazione, ma con un contratto bilaterale mediante cui le parti assunsero reciproche obbligazioni. Non vi partecipa per l'autorità da cui proviene, poichè, mentre il decreto di concessione mineraria fu emanato su proposta del Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio, la convenzione, invece, dell'8 agosto 1905 fu stipulata tra il Ministero delle Finanze e la Società delle *Terme Magnaghi*. Non vi partecipa finalmente per la sostanza, perchè con la convenzione dell'8 agosto 1905 l'Amministrazione non si limitò a permettere l'esportazione e ad imporre obblighi al concessionario, ma ottenne e pattuì dei corrispettivi in cambio della data concessione, e s'impegnò di non revocarla se non in alcuni casi determinati. Trattasi, dunque non già di un atto unilaterale di autorizzazione, ossia di una concessione-licenza, revocabile ad nutum, ma di un contratto bilaterale di diritto pubblico, se non addirittura di diritto privato o patrimoniale, essendo in esso intervenuto lo Stato piuttosto come autorità, o persona rivestita d'impero, che come persona giuridica o proprietario. Ora è noto che le concessioni contrattuali, a differenza delle semplici concessioni-licenze, fanno sorgere dei diritti pubblici subbiettivi nel concessionario, appunto per l'elemento convenzionale che in sè racchiudono, e non sono revocabili *ad nutum*, ma soltanto a norma dei patti stabiliti, salva però sempre la facoltà di revoca per gravi ragioni d'interesse pubblico. Senonchè, in ordine a quest'ultimo punto, è da notare che nella specie la revoca per gravi ragioni di pubblico interesse avrebbe dovuto, o dovrebbe, essere emanata dal Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio, nelle cui attribuzioni esclusive rientrano le concessioni minerarie, e non già dal Ministero delle Finanze, al quale in tanto venne deferita dall'articolo 5 del decreto del 1893 la facoltà di consentire l'esportazione delle acque, in quanto si volle (e ciò risulta chiaro dal testo stesso del detto articolo) che quel Ministero tenesse presenti, nel dare o negare il permesso, unicamente gli interessi patrimoniali e fiscali dello Stato, essendo questo da un lato proprietario di uno stabilimento balneare in Salsomaggiore, e dall'altro investito del diritto di privativa sul sale. Ed infatti, quando l'Amministrazione finanziaria si persuase che le acque di Salsomaggiore, portate a distanza, non avrebbero perduto notevolmente della loro efficacia terapeutica, e non avrebbero perciò potuto arrecare discredito allo stabilimento governativo (parere del Consiglio Superiore Sanitario), e che nessun nocumento sarebbe derivato dall'esportazione di quelle acque al monopolio dei sali (parere della Direzione Generale delle Privative), essa non trovò difficoltà ad accondiscendere, non ostante la opposizione e le proteste dei cittadini di Salsomaggiore, alla soppressione del divieto di esportazione, mediante la convenzione dell'8 agosto 1905. Invano poi si cerca di desumere dalla stessa sentenza del Tribunale il carattere di atto amministrativo unilaterale, essenzialmente revocabile, nella concessione del permesso di esportazione delle acque, perchè il non accoglimento della seconda parte della dimanda della Società attrice, diretta a costringere il Governo ad emanare in un breve termine i provvedimenti occorrenti a regolare la esportazione delle acque, si giustifica abbastanza col noto principio: *nemo ad factum cogi potest.*

Non regge poi nemmeno la seconda tesi dell'Amministrazione appellante, perchè, escluso che nella specie la revoca del permesso di esportazione sia avvenuta per gravi ra-

gioni d'interesse pubblico (il che non solo non è controverso, ma risulta, come si è detto, dal fatto di essere stata la revoca emanata dal Ministero delle Finanze, cui era affidata soltanto la tutela degl'interessi patrimoniali e fiscali dello Stato), e ritenuto altresì, per le ragioni anzidette, che in forza del contratto di diritto pubblico, o consessione contrattuale dell'8 agosto 1905, l'Amministrazione non potesse revocare *ad nutum* il dato permesso, ma soltanto nei casi espressamente indicati nel detto contratto (tra i quali l'inadempimento da parte del concessionario degli obblighi da lui assunti), non si può nel caso concreto ritenere la sussistenza di alcuno dei due inadempimenti che la Amministrazione addebita alla Società concessionaria per giustificare, in via subordinata, il suo provvedimento.

Non sussiste, infatti, il preteso inadempimento dell'obbligo di non introdurre intermediari nel servizio di esportazione delle acque:

a) perchè del non intervento di intermediarii non si parlò affatto nella convenzione dell'8 agosto 1905, ma soltanto nella lettera ufficiale dell'8 dicembre 1905, la quale evidentemente non poteva imporre al concessionario obblighi maggiori di quelli da lui assunti col contratto, ma avrebbe dovuto limitarsi a dare le sole norme per l'esercizio del diritto di controllo e di vigilanza spettante al Governo sulla esportazione delle acque;

b) perchè' ad ogni modo, la lettera dell'8 dicembre 1905 vietava gli intermediari per le sole *richieste* di acqua ad uso di bagni nell'interesse dei malati (richieste che dovevano pervenire direttamente dai medesimi ed essere accompagnate da certificati medici), ma non vietava, nè poteva vietare, gl'intermediarii per la *spedizione* delle acque stesse, non essendo possibile che i malati si recassero da sè, o mandassero appositamente una persona a prendere le acque che loro occorrevano;

c) perchè, d'altra parte, la Ditta *D. Magnaghi* e *C.* non era intermediaria, ma cessionaria, del diritto di esportazione delle acque.

E nemmeno sussiste l'altro inadempimento da parte della Società del preteso obbligo di non cedere ad altri tale diritto, perchè, essendo principio generale che ogni diritto patrimoniale sia cedibile e trasferibile ad altri, il divieto della cessione avrebbe dovuto risultare o dal contratto o dalla legge. Ora nel contratto dell'8 agosto 1905 non vi ha parola alcuna che accenni al divieto di cessione del diritto di esportazione delle acque; nè simile divieto può desumersi dalle disposizioni della legge parmense sulle miniere del 1852, relative alla indivisibilità della concessione mineraria, poichè il cedere ad altri i prodotti di una miniera non significa punto dividere la medesima, o trasferirne ad altri la coltivazione, tanto più che nella specie non si trattava di prodotti non risorgenti, e, come tali, costituenti parte integrante e sostanziale della miniera, più che frutti di essa, ma si trattava, invece, di acque minerali sempre risorgenti e non esauribili, vale a dire di veri e proprii frutti.

Che per le esposte considerazioni l'appello del Ministero delle Finanze deve essere respinto.

Per questi motivi, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

31 gennaio 1907, n. 27

Cardona *Pres.* Manferoce *Est.*

Lelli (avv. *F. Landi*) contro Pacetti (avv. *L. Caracciolo*).

Anche nel giudizio di appello può aver luogo la riapertura del contraddittorio per opera del contumace. Nondimeno, se contumace è l'appellante, il quale non ha depositato la sentenza appellata e gli atti e documenti del primo giudizio nella udienza in cui cade l'appello ovvero nella Cancelleria prima dell'udienza stessa, l'appellante, ove l'appellato in quella udienza abbia chiesto il rigetto dell'appello senza esame, non può far riaprire il contraddittorio se non per discutere su il diritto o meno dell'appellato a conseguire tale rigetto, non già per trattare in merito la causa (1).

---

(1) Questa massima è conforme alla prevalente giurisprudenza ed ha per sè l'autorità delle Sezioni unite presso il Supremo Collegio di Roma (cfr. decis. 31 dicembre 1906, est. SETTI, nella presente Raccolta, anno corrente, pag. 78).

Si veggano anche in senso conforme: A. Palermo 13 novembre 1905, *Foro sic.* 1905, 661; Cass. Torino 25 marzo 1905, *Foro ital.*, 1905, 1, 749; A. Aquila 25 luglio 1905, *Giur. abr.* 1905, 580 (questa sentenza eccettua il caso, in cui l'appellato, riaperto dall'ap-

La Corte., ecc. — Ha considerato che dalle affermazioni non esatte sull'istituto della contumacia e sul diritto a chiedere il rigetto dell'appello senza esame, discendono le opposte pretese delle parti, negandosi dall'appellato la riapertura del contraddittorio in appello, eccetto il caso del capoverso 1 dell'art. 81 del regolamento per l'attuazione della legge sul procedimento sommario, e sostenendo invece l'appellante che la riapertura dei termini, incensurabile dalla Corte, debba sempre aver luogo, ed il chiesto rigetto dell'appello senza esame debba seguire le sorti della novella udienza stabilita col decreto di riapertura. Tanto l'appellante, poi, contumacia, e sul diritto a chiedere i rigetto dell'appello senza esame — d'accordo chiedono che la Corte provveda nel merito dell'appello.

E così la confusione dei principî procedurali applicabili alla specie non poteva essere più manifesta. Infatti, è risaputo che le disposizioni speciali ai giudizi contumaciali, di cui agli articoli 380 e seguenti del Cod. di proc. civ. sono comuni tanto ai giudizi di prima istanza, che a quelli in appello. E poichè tra quelle disposizioni è l'articolo 386 alinea, che consente al contumace, sino alla sentenza definitiva, di poter riaprire il contraddittorio, anche in appello tale diritto non può essergli negato.

E se in appello può aver luogo l'applicazione dell'art. 489 detto Codice, del rigetto cioè dell'appello senza esame, non ne segue che in tali casi debba tacere la regola generale della riapertura del contraditorio concessa al contumace, ma invece che tale riapertura possa solo consentirsi al fine di contraddire la chiesta applicazione dell'art. 489, per conoscere cioè se nel caso concorrono o meno le condizioni richieste pel rigetto dell'appello senza esame. La contumacia, però, non cessa per l'appellante sol perchè l'appellato ha chiesto il rigetto dello appello senza esame. La riapertura del procedimento avrà soltanto limitata la disputa, salvo in caso di vittoria da parte dell'appellante a rimandare in prosecuzione di giudizio la discussione in merito, e sarà così conciliato il diritto dell'appellato, nascente dall'art. 489, con quello dell'appellante contumace, di cui al ricordato art. 386.

Ed i mentovati principii non sono menomamente contraddetti dalle disposizioni del ricordato regolamento. Invero, l'art. 50 espressamente sanziona che se le disposizioni dei capi precedenti (tra i quali è il capo V relativo alla comparizione del contumace) si osservano nei giudizi di appello, in quanto siano applicabili ». Segue da ciò che la norma generale della riapertura del procedimento impera sempre anche in appello ed il monito « *in quanto sia applicabile* » di cui al detto articolo 50 non può essere scritto pel caso in cui esista la richiesta del rigetto dell'appello senza esame, giacchè, per le cose dette, la riapertura non è diretta ad investire il merito dell'appello, ma solo la domanda del rigetto dell'appello senza esame. Nè l'art. 51 capoverso primo del ripetuto regolamento può autorizzare ad un'opinione contraria. Infatti, come chiaro emerge dalla relazione che precede il detto Regolamento, con l'art. 51, nei suoi diversi capi, si volle principalmente stabilire da quali elementi si possa desumere la tacita rinuncia dello appello ed il conseguente diritto nell'appellato a chiedere l'applicazione dell'art. 489. Perciò « l'appellante (così il mentovato capoverso primo dell'art. 51) che prima dell'udienza ha eseguito e notificato il deposito in cancelleria della sentenza appellata e degli atti e documenti del primo giudizio, necessari per l'esame dell'appello, può valersi della tardiva comparizione a norma del precedente art. 49 ».

Ora, da tale disposizione, dettata al fine di non far presumere la rinuncia tacita dell'appello, nonostante la non comparizione dell'appellante all'udienza fissata per la discussione della causa innanzi al Collegio, non può dedursi che negli altri casi non possa ammetter-

---

pellante il contraddittorio, espressamente chieda una decisione in merito, non insistendo nel rigetto dell'appello senza esame); Cass. Torino 9 novembre 1905, *Giur. tor.* 1906, 57; A. Roma 22 dicembre 1903, nella nostra Raccolta, 1904, 117, con nota.

Tenacemente contraria a siffatta opinione è la Corte di cassazione di Napoli (decis. 23 dicembre 1904, *Gazz. Proc.*, XXXIII, 396, e *Movim. giur.*, 1905, 67), seguita dalla dipendente Corte di Appello di Trani (sent. 22 dicembre 1905, *Foro Puglie*, 1906, 71).

E' risaputo che l'eccezione di rigetto dell'appello senza esame ha natura pregiudiziale a quella di incompetenza (Cass. Torino 11 aprile 1905, *Giur. tor.*, 1905, 781).

Alcune riflessioni d'ordine forense sul rigetto dell'appello senza esame possono leggersi nello scritto dell'avv. A. S. MARTORELLI, in questa Raccolta, anno 1905, pag. 35.

si la riapertura del contraddittorio, giacchè tale riapertura non è diretta a contraddire la richiesta del rigetto dell'appello senza esame ma «a richiamare — come nella ripetuta relazione si legge — la disamina del magistrato sulle ragioni del gravame». E' il merito, adunque, della causa, che a chi non si trova nelle condizioni richieste dal menzionato capoverso dell'art. 51 viene negato di potere, con la riapertura del contraddittorio, fare esaminare: la disputa, invece, sul diritto a chiedere il rigetto dell'appello senza esame può essere da qualunque contumace proposta, e però bene nel caso l'ordinanza presidenziale fu concessa, e non altra autorità che la Corte è chiamata su ciò a decidere, sia pel rinvio ad essa fatto e che la pone in grado di giudicare anche della legittimità del provvedimento, sia che le sollevate opposizioni si vogliano considerare come reclamo avverso la ripetuta ordinanza.

Che, detto ciò, manifestamente fondata è la dimanda del rigetto dell'appello senza esame.

Infatti, l'appellante non è comparso all'udienza del 29 novembre 1906, stabilita nella citazione, ed alla discussione della causa innanzi alla Corte: non prima di quella udienza depositò in Cancelleria, nè all'udienza stessa presentò, la sentenza appellata, gli atti e i documenti del primo giudizio: lo appellato, invece, alla ripetuta udienza si presentò; la causa venne discussa e chiese il rigetto dell'appello senza esame. Ricorre, perciò, nel modo più limpido l'ipotesi prevista dall'art. 489 cod. proc. civ. e dall'art. 51 del Regolamento.

E sarebbe strano, come pretenderebbe l'appellante, consentire che la novella udienza, stabilita col decreto presidenziale di riapertura dei termini, possa porre nel nulla ciò che precedentemente è avvenuto, subordinandosi così il diritto dell'appellato a chiedere il rigetto dell'appello senza esame alla non comparizione dell'appellante per non far riaprire i termini. Le precedenti considerazioni chiariscono abbastanza tale errata pretesa, che confonde gli effetti della riapertura del contraddittorio, in costanza della richiesta del rigetto dell'appello senza esame, col diritto dell'appellato già esposto con la richiesta suddetta — due cose essenzialmente distinte, che le novelle disposizioni regolamentari così mantennero, come erano nel cod. di procedura, onde la novella udienza non ad altro serve che a far discutere la pertinenza o meno del diritto al rigetto dell'appello senza esame, e non a sostituirsi a quella in cui l'appellante con la sua condotta fece sorgere nell'appellato il diritto a chiedere siffatto rigetto.

Per questi motivi ecc.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

31 dicembre 1906 n. 2763

Frigeri *Pres.* — Tercinod *Est.*

Pettinelli (avv. *C. Lanza*) contro Silva (avvocato *S. Ottolenghi*).

Il registro nel quale l'amministrazione ferroviaria (in Italia, oggi quella dello Stato) annota la spedizione delle lettere di avviso ai destinatari delle merci non fa fede come un atto pubblico: quindi, è ammissibile la prova per testi diretta a dimostrare, contro il contenuto di detto registro, che una determinata lettera di avviso non fu spedita nel giorno che sul registro apparisce (1).

Il tribunale ecc. — L'Amministrazione ferroviaria appellante, richiamando l'art. 117 delle tariffe generali dei trasporti sulle strade ferrate che al capoverso 2 dispone che, quando l'invio delle lettere di avviso sia fatto col mezzo postale, la consegna delle medesime è accertata da annotazione sul registro della stazione, deduce in sostanza che non è ammissibile prova contraria alle risultanze di quel registro.

Ora, il Collegio non ritiene che tale eccezione sia fondata. La prova contraria è sempre ammissibile, quando l'atto che s'impugna non sia di quelli che fanno fede sino a querela di falso. E che il registro, di cui si tratta,

---

(1) Anche altra volta il Tribunale di Roma ritenne che la disposizione dell'art. 117 delle tariffe ferroviarie non è tassativa circa il modo di accertare la consegna della lettera di avviso di una merce al destinatario. Cfr. sent. 18 settembre 1905, est. COMINELLI, in questa Raccolta, 1905, 537.

Riguardo all'altra questione se la spedizione della lettera di avviso sia obbligatoria per il vettore, veggasi la nota n. 3 a piedi della citata sentenza, nonchè, da ultimo, l'A. Venezia 1 giugno 1906, *Temi gen.*, 1906, 477, in causa Ferrovie Adriatiche c. Romanin, Gondrand ed altri.

non si possa annoverare fra quegli atti che fanno fede sino a querela di falso non sembra negarsi, ove si consideri che tale è soltanto, a termini degli articoli 1315 e 1317 del Cod. civ., quello ricevuto con le richieste formalità da un notaio, o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede. L'agente ferroviario, addetto allo svincolo delle merci, come quello incaricato di annotare nel registro la spedizione delle lettere di avviso, per quanto si voglia ritenere disimpegni un pubblico servizio, non ha l'autorità del notaio o di altro pubblico ufficiale, disinteressato affatto negli atti che compie, perchè nel compimento dei servizi dell'agente della ferrovia non solo si esplica una funzione di servizio pubblico, ma anche un atto di gestione, pel quale lo Stato, che rappresenta, viene ad assumere impegni contrattuali.

Nè, per quanto nell'interesse di un pubblico servizio, importante come quello del trasporto per ferrovia, siasi riconosciuta la necessità di limitare in certi casi la responsabilità dell'esercente il trasporto, può dirsi che, nell'affidare l'esercizio ferroviario ad una amministrazione di Stato, il legislatore abbia inteso di costituire un ente privilegiato, esercente funzioni di sovranità, anzichè atti d'interessi patrimoniali, ed abbia così voluto sottrarre l'amministrazione stessa alla responsabilità del vettore per gli errori e le colpe degli agenti addetti all'esercizio. Di ciò si ha una chiara dimostrazione nei precedenti parlamentari della legge 22 aprile 1903 n. 137. E se così è, è ammissibile la prova contraria alle risultanze del registro in questione, e neppure può contestarsi che, nella specie, sia ammissibile la prova per testimoni, argomentandosi chiaramente tale ammissibilità dagli articoli 1341 Cod. civ. e 44 cod. di commercio.

Certamente che senza una dimostrazione chiara e precisa della erroneità delle risultanze del registro non si potrà mettere in forse la spedizione delle prime lettere di avviso, risultanti dal registro, ma dell'efficacia decisiva delle prove raccolte dovrà a suo tempo conoscere il giudice del merito, bastando, allo stato degli atti, non possa dirsi che i fatti dedotti negli articoli proposti dalla Ditta non siano idonei a fornire elementi di prova per giungere alla dimostrazione che il giorno 11 marzo 1906 non furono spedite le prime lettere di avviso.

Per questi motivi ecc.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

4 febbraio 1907 n.

Petracca *Pres.* — Sirolli *Est.*

Ferrovie dello Stato (avv. *A. Grazzini* e *G. Piccirilli*) contro Palladini (avv. *F. Rutili*).

La Ferrovia risponde del danno occorso nel trasporto degli animali viventi solo quando sia provata la sua colpa da chi sostiene la sua responsabilità (1).

L'art. 46 delle Tariffe Ferroviarie prescrive per il trasporto dei cani speciali cautele, che debbono essere rigorosamente osservate; ed è quindi in colpa il mittente che, non

---

(1-3) Decisione redatta con encomiabile sicurezza di concetti e scritta in buona lingua italiana, il che è pregio purtroppo raro oggidì.

Avvertiamo, però, che il Trib. civ. Roma 10 marzo 1905, n. 376, est. CARRETTO, in causa Ferrovie Meridionali c. Ruspoli ritenne che non interpreta esattamente le tariffe ferroviarie il magistrato che trova la colpa del vettore nell'avere accettato semplicemente un cane non in cesta chiusa, senza accertare che una persona lo accompagnasse in altro vagone.

Detto ciò, alla sentenza che commentiamo si debbon fare due appunti in merito. La sentenza dice che il verbale di accertamento dello stato delle cose trasportate per ferrovia, verbale elevato a tenore dell'art 135 delle tariffe ferroviarie, può esser distrutto con *qualsiasi* prova contraria. Ciò sembra non conforme all'insegnamento comune e, tra l'altro, della Cass. Roma 13 marzo 1903 (*Foro italiano*, 1903, 1, 465) che riconosce a tale verbale una fede piena, limitatamente, ben s'intende, a ciò che cade sotto i sensi del perito. Cfr. Cass. Torino, 17 febbraio 1905, *Giur. tor.* 1905, 745, e, nel testo, Cass. Firenze 23 novembre 1904, *Riv. di dir. comm.*, 1905, 2, 120, nonchè implicitamente Cass. Roma 22 gennaio 1906, *Ferrovie ital.* 1906, 90.

Dice pure la sentenza che sarebbe stato utile si producesse, nella causa di cui trattasi, la lettera di vettura o ricevuta di spedizione, dimenticando in tal modo che simile documento non si compila affatto per il trasporto dei cani nelle condizioni riferite dalla sentenza stessa.

Sul trasporto dei cani in cesta chiusa abbiamo rinvenuto una sola decisione, quella 3 aprile 1903 della Pretura di Sestri Levante, in *Cons. concil.* 1903, pagina 117.

accompagnando nè facendo accompagnare i cani, li spedisce senza racchiuderli in cesta o gabbia, muniti solo di corda e di museruola, colpa che assorbe o comunque compensa quella della Ferrovia per non averli sufficientemente vigilati (2).

Quando il mittente spedisce i cani muni i solo di corda e di museruola si presume che egli li accompagni o li faccia accompagnare lungo il viaggio (3).

Il Tribunale, ecc. — Osserva sul proposto appello ed innanzi tutto sulla dedotta violazione degli art. 103, 130 e 46 delle tariffe e condizioni pei trasporti sopra ricordati che, a tenore dell'art. 103 suddetto, la responsabilità dell'Amministrazione ferroviaria per i danni non vien meno per effetto della disposizione che pone il rischio ed il pericolo a carico del mittente in caso di trasporto di animali, giacchè provata che sia la sua colpa, l'Amministrazione deve sempre rispondere dei danni suddetti a termini dell'articolo sopra richiamato. E non soltanto per l'articolo medesimo l'Amministrazione ferroviaria è tenuta ai danni, ma anche per l'evidente suo obbligo inerente essenzialmente al contratto di trasporto, di riconsegnare l'oggetto trasportato del quale essa si rese vettrice con l'accettazione della richiesta di spedizione. Se vi fu colpa nell'adempimento di un tale obbligo, l'Amministrazione risponde certamente degli effetti dannosi dell'inadempimento derivanti dalla sua colpa sia per i principii generali che regolano l'esecuzione e gli effetti dei contratti (articoli 1124 e 1224 Cod. Civ.), sia altresì per quelli che specialmente disciplinano il contratto di trasporto, per i quali principii il vettore è responsabile della perdita e dell'avaria delle cose affidategli per il trasporto dal momento in cui le riceve sino a quello della riconsegna al destinatario, se non prova che la perdita o la avaria è derivata da caso fortuito o da forza maggiore, da vizio delle cose stesse o dalla loro natura, da fatto del mittente o del destinatario (art. 400 Cod. di Comm.). Per le quali cose si può conchiudere che, in sostanza, la sopra ricordata disposizione dello art. 103 non si appalesa diversa dalla disposizione dell'art. 400 del Cod. di Comm. sopratrascritto sulla responsabilità del vettore se non nella presunzione della colpa e nell'onere della prova, imperocchè per l'art. 400 del Cod. di Comm. la colpa del vettore si presume e deve essere senz'altro ritenuta, ove egli non provi il caso fortuito, la forza maggiore, il vizio intrinseco della cosa, il fatto del mittente o del destinatario, mentre per l'art. 103 succitato, nel caso di trasporto delle determinate cose ivi specificate e degli animali in genere, la colpa dell'Amministrazione ferroviaria vettrice deve essere provata da chi sostiene la sua responsabilità nel danno occorso.

Fissata in tal modo la portata delle disposizioni generali che governano la materia in esame, è d'uopo vedere quali siano e come devono applicarsi le disposizioni che regolano specialmente il trasporto degli animali viventi e più specialmente quello dei cani. L'articolo 130 delle Tariffe e Condizioni predette stabilisce che, salva la prova della colpa dell'Amministrazione, questa non può essere tenuta responsabile delle avarie e dei danni degli animali viventi, in quanto siano le conseguenze dei rischi particolari al trasporto degli animali, nè degli animali per il cui trasporto è ammessa la scorta od è obbligatorio l'accompagnamento in quanto il danno potevasi evitare con la presenza della persona di accompagnamento e con la vigilanza della scorta.

Per il trasporto dei cani, poi, l'art. 46 delle dette Tariffe e Condizioni prescrive fra l'altro che i cani devono essere muniti di museruola, corda o catena e quando sono consegnati per la spedizione, il proprietario ha l'obbligo d'introdurli nel vagone a bagaglio e di ritirarveli all'arrivo; che sono inoltre ammessi al trasporto i cani non accompagnati dal viaggiatore, purchè siano riposti in gabbie o ceste reticolate.

Ora, mettendo in relazione le varie disposizioni sopraricordate, le quali sono chiare ed esaurienti, si ha che l'Amministrazione ferroviaria, allora soltanto può essere chiamata e riconosciuta responsabile del danno proveniente dall'inadempimento dell'obbligo derivante dal contratto di trasporto dei cani, quando il mittente ha ottemperato da parte sua alle speciali cautele surricordate prescritte dalla legge, le quali cautele, senza alcun dubbio, costituiscono condizioni essenziali del contratto di trasporto dei cani, giacchè, secondo i vari casi, si ha un determinato caso di trasporto con maggiore o minore misura di responsabilità dell'Amministrazione ferroviaria, corrispondente all'accompagnamento o meno del cane da parte del viaggiatore. Oltre a tali cautele, che devono risultare osser-

vate nella precisa forma disposta secondo i diversi casi, deve essere altresì dimostrata la colpa dell'Amministrazione come causa dell'inadempimento dell'obbligo contrattuale, inquantochè per la disposizione sopra commentata dell'art. 103, l'onere di siffatta prova incombe alla parte che assume la responsabilità dell'Amministrazione ferroviaria per il danno degli animali, i quali, a termini dello articolo suddetto, sono tutti trasportati a rischio e pericolo del mittente.

Tale prova poi deve essere fornita tenendo presente la disposizione dell'art. 130 sopraricordato, cioè tenendo conto dei rischi inerenti alla speciale natura della cosa o dell'animale trasportati dei quali l'Amministrazione ferroviaria per il suddetto articolo non risponde. Applicando al caso concreto tutte le premesse disposizioni, intese come sopra, è d'uopo riassumere, rilevare ed esaminare, alla stregua delle disposizioni medesime e delle altre che occorrerà di applicare, i fatti della causa.

E' incontrastato fra le parti che la cagna della quale si tratta fu accettata alla stazione di S. Severino Marche pel trasporto a Roma assicurata con museruola e corda, non accompagnata dal proprietario o da chi per esso. Risulta poi dal verbale redatto nella stazione di Fabriano ai termini dell'art. 135 delle Tariffe e Condizioni dei Trasporti per ferrovia, che il cane dopo tolto dal canile del treno proveniente da S. Severino, fu messo nell'atrio interno della stazione che serve di magazzino merci G. V. e legato ad una gamba del bancone bagagli che, mentre il manuale addetto alla vigilanza del magazzino merci trovavasi occupato in altre operazioni, il cane riuscì a far passare la testa dal collare della museruola e fuggì nella campagna per ignota direzione, senza che fosse possibile rinvenirlo e riprenderlo. Tale verbale, impugnato dal procuratore dell'appellato Dottore Palladini, ha valore probatorio fino a quando non intervenga a distruggerne l'efficacia una prova contraria che, nella specie, non si è domandata di fare non potendo a tale scopo ritenersi efficace il primo capitolo di prova proposto dall'appellato, giacchè l'avere assicurato il cane alla stazione di S. Severino Marche con museruola e corda, anche in concorso dell'impiegato ferroviario della detta stazione, non può indurre la convinzione che il cane non si sia liberato dai vincoli nel modo validamente affermato nel verbale di accertamento, tanto più poi quando si ha fra i mezzi di prova forniti dall'Amministrazione ferroviaria anche la museruola con relativo collare e con la cordicella che servirono ad assicurare il cane spedito. E' vero che anche tale mezzo di prova è stato impugnato dalla difesa dell'appellato dott. Palladini, ma facendo esso parte degli accertamenti sopradetti, che hanno valore di prova attendibile, anche di tale nuda impugnativa non si può tenere conto alcuno.

Dai fatti, quindi come sopra accertati, risulta che il mittente non si attenne alle disposizioni dell'art. 46 sopra esaminato. Infatti non accompagnando, nè facendo da altri accompagnare il cane, avrebbe dovuto spedirlo in cesta od in gabbia, come è prescritto dal ripetuto art. 46 pel caso che il viaggiatore non accompagni il cane. Nè può dirsi che a tale violazione abbia concorso l'Amministrazione ferroviaria accettando il cane così come le venne presentato per la spedizione, cioè con museruola e corda, imperocchè, essendo questo uno dei modi possibili di assicurare il cane nel caso di accompagnamento da parte del viaggiatore, l'Amministrazione ferroviaria aveva il dovere di accettare senz'altro la spedizione, senza che dovesse conoscere se il viaggiatore accompagnasse o no il cane e dovendo presumere anzi che ciò il mittente facesse data la modalità della spedizione. Era, invece, il mittente quegli che, avendo prescelta quella delle forme di cautela che per un determinato caso la legge metteva a sua disposizione, avrebbe dovuto uniformarsi in tutto alla disposizione di legge concernente la forma medesima e quindi accompagnare o fare accompagnare il cane, concorrendo così nella misura e nelle maniere possibili, durante il viaggio a quella maggiore vigilanza sul cane, che la minore cautela adoperata rendeva necessaria, allo scopo di evitare la perdita del cane o altro qualsiasi danno. Nè a questo punto potrebbe efficacemente sostenersi che la detta vigilanza da parte del viaggiatosi rendeva impossibile, giacchè la presenza del viaggiatore nello stesso treno nel quale il cane è trasportato giova per tutti gli incidenti sia di pericolo alle persone, sia di facilità della fuga di un cane non racchiuso in cesta od in gabbia, e giova specialmente quando essa può svolgersi efficacemente durante le fermate del treno e nel caso pari all'attuale, di trasbordo da un treno ad un altro.

E' chiaro che, nel caso di accompagnamento

del cane da parte del viaggiatore, l'Amministrazione ferroviaria sapendo di non essere i suoi agenti i soli a sorvegliare il cane, consente che questo venga assicurato con mezzo ed in forma meno rigorosa, per la qualcosa permette la semplice museruola e corda. Se il mittente non accom... nè fa accompagnare il cane e lo munisce della sola museruola e della sola corda, vuol dire che egli intende correre il maggior rischio che deriva dalla minore cautela adoperata, ed in tal caso egli non può degli effetti dannosi di tale suo proposito chiamare responsabile l'Amministrazione ferroviaria, che per l'obbligo che le incombeva in dipendenza del contratto di trasporto, risulta aver fatto quanto doveva e quanto le fu possibile.

Che l'Amministrazione predetta poi non abbia infatti avuto conoscenza, quando fu accettato il trasporto del cane, che questo non era accompagnato e che quindi non abbia avuto modo nè ragione di esigere che la bestia suddetta fosse rinchiusa in cesta o gabbia, risulta dal silenzio che in proposito è stato mantenuto dalla difesa del dott. Palladini; e non dal silenzio soltanto, ma altresì dall'essersi evitato l'esame della lettera di vettura da parte del Tribunale, giacchè tale lettera di vettura o ricevuta di spedizione, dalla quale avrebbe potuto risultare se vi fu o meno dichiarazione che il cane avrebbe viaggiato solo, non è stata presentata dalla difesa del Palladini. Tale omissione mostra l'importanza contraria all'assunto dell'appellato, che alla mancanza della dichiarazione suddetta, ha attribuito la mente perspicace ed avveduta del difensore del Dottor Palladini; essa va tenuta, pertanto, nel conto sopra specificato.

Oltre quanto precede il collegio osserva che, anche quando la certa colpa del mittente nell'assicurare il cane in una diversa forma da quella prescritta, non fosse nella specie la sola che dovesse rilevarsi e si dovesse invece riconoscere, come fece il primo giudice, che la fuga e la perdita del cane trasportato avvenne per la mancata custodia del cane istesso nella stazione di Fabriano, mancata custodia addebbitabile agli agenti della Amministrazione ferroviaria, ognun vede che non si potrebbe, neanche in tal caso, venire alla conseguenza di ritenere la responsabilità dell'Amministrazione appellante, imperocchè la vigilanza che si potrebbe ritenere mancata, in tanto potè rendersi necessaria, in quanto il mittente non assicurò il cane in cesta o gabbia sapendo che nè egli, nè alcuno per lui l'avrebbe accompagnato. Se adunque tale maggiore diligenza del vettore nella esecuzione del contratto non dipendeva dalle condizioni essenziali speciali del contratto di trasporto del cane, ma da un fatto colposo del mittente, violatore di una delle condizioni suddette, la mancanza di essa non può, rigorosamente parlando, essere ritenuta come colpa, ed anche come tale ritenuta, non potrebbe essere causa di responsabilità dell'Amministrazione ferroviaria, per la natura prevalente, anzi assorbente, della colpa del mittente.

Ma ancora quando quest'ultima potesse essere ritenuta non superiore, ma pari a quella del vettore a quest'ultimo rimarrebbe, sempre contro il Palladini il diritto alla compensazione delle colpe, perchè, come insegnò Ulpiano, *ambo parem negligentiam adhibuerunt desinunt invicem esse obligatos, et ipso iure compensatione negligentiae facta*. L. 10, D, *De compensatione*.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

26 ottobre 1906 n. 2187

Montalto *Pres.* — Carretto *Est.*

Spagnoli (avv. *C. Piccini*) contro Zampilloni (avv. *A. S. Martorelli*).

Gli oggetti preziosi (volgarmente detti finimenti) che il fidanzato dà, secondo gli usi locali, alla fidanzata, perchè questa se ne adorni da sposa hanno per iscopo la celebrazione del matrimonio, e quindi debbono restituirsi, se il matrimonio non segue (1).

---

(1) Si vegga sull'argomento in genere una spigliatissima nota di C. LOZZI, in *Giur. ital.* 1882, 1, 45. Il LOZZI cita il seguente brano del DE LUCA: « Traditio donorum tacitam habet conditionem matrimonii; quod si non est secutum, competit condictio ob causam, et semper praesumitur ex causa matrimonii, nisi in contrarium sit actum ».

Cfr. anche RINALDI, *Della proprietà mobile*, vol. II, pag. 468.

Del LOZZI (*op. cit.*) amiamo riprodurre il seguente notevole brano: « I doni, non altrimenti che gli atti di donazione, si fanno alla fidanzata *ob causam*

L'inadempimento, non giustificato, della promessa di matrimonio può dar luogo al rimborso delle spese fatte a causa del promesso matrimonio, non già al risarcimento dei danni (2).

Il Tribunale, ecc. — La quistione principale e speciale di questa causa sta nel vedere se il dono manuale, che lo sposo fa alla fidanzata, degli oggetti d'oro di cui questa secondo l'uso dovrà adornarsi il giorno del matrimonio, debba ritenersi senza effetto, quando il matrimonio, per qualsiasi causa, non venga celebrato.

Circa le donazioni fatte con riguardo di futuro matrimonio dispongono gli articoli 1062 e 1068 del codice civile, ed espressamente quest'ultimo articolo stabilisce che, se il matrimonio non segue, la donazione rimanga senza effetto.

Si osserva però che tali articoli contemplano le donazioni vere e proprie; e la tacita condizione che, se il matrimonio non abbia luogo, la donazione debba ritenersi caduca, in quanto costituisce una presunzione legale, non può estendersi da caso a caso, e perciò non è applicabile in materia di tradizione manuale dei doni.

Ma il Collegio ritiene che occorra distinguere. L'art. 1068 presume la tacita condizione in *qualunque* donazione fatta in riguardo di futuro matrimonio, e tale presunzione, più che una presunzione legale, costituisce la sanzione ed il riconoscimento dell'intima natura del rapporto giuridico, in quanto non occorra venga espressa una condizione che è implicita ed essenzialmente connessa al rapporto stesso, quando chi dona alla fidanzata presuppone come cosa certa che il matrimonio dovrà aver luogo. Dal che deriva che nello stesso modo per cui sarebbe incivile il presupporre tale tacita condizione in qualsiasi dono manuale intervenuto tra fidanzati, nulla vieta, anzi la ragione naturale impone, che l'interprete possa e debba riconoscere la con-

---

matrimonii, in riguardo al futuro matrimonio; e quindi rimarrebbero *senza causa* là dove, mancato questo, si dovessero quelli conservare. Oggi nessuna fanciulla vorrebbe ritenerli *ratione primi osculi*, e però il buon costume generale, il *galateo morale*, ne impone la restituzione, non appena le trattative di nozze siano andate a vuoto. I legislatori hanno riguardo alle cose, *quae ut plurimum accidunt*, dacchè *ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur* (legge 4 Dig. *de legibus*). Ora, nessuno può mettere in dubbio ciò che è rivelato in modo uniforme e costante dalla cotidiana esperienza, che cioè la causa per cui il fidanzato fa doni alla fidanzata, si è *per riguardo al matrimonio*, come *arra* del medesimo, come pegno d'amore. E a proposito dell'amore, quando anche volesse sostenersi che la causa del dono stia in questo, non ne seguirebbe che la prima radice non si ricongiungesse all'albero della vita (si passi la metafora), vogliamo dire all'intendimento finale, al possesso sicuro dell'oggetto amato, per mezzo del maritaggio. Quindi l'amore non può *di per se solo* costituire la causa finale dei doni; e non è vero che la donazione, tuttochè manuale, si perfezioni irrevocabilmente colla sola reale tradizione, e che, nonostante il non seguito matrimonio, essi doni non si possono ripetere, quasi vi sia sempre *causa data, causa secuta*. Noi crediamo che la *presunzione legale* si fondi su di un principio d'alta moralità e del rispetto al pudore e al buon ordine e all'onoratezza delle famiglie, in omaggio del quale appunto il legislatore, mirando a coonestare l'atto o il fatto, per cui una donzella accetta il dono dal suo fidanzato, ha voluto attribuire al dono stesso il movente dell'amore *per causa di matrimonio*. Il supporre a simili doni altra causa, in sostituzione della sua naturale e legittima, non v'è chi non vegga a quali pericoli, a quali disordini potrebbe dar luogo in una materia così delicata ».

(2) L'art. 54 Cod. civ. è chiaro in proposito; e fu ritenuto che l'inadempimento ingiustificato della promessa di matrimonio non dà mai diritto a risarcimento di danni maggiori e diversi dalle spese fatte per causa del promesso matrimonio, nemmeno quando questi danni discendano da un fatto distinto dalla promessa medesima, come, ad esempio, dall'essersi indotto il fidanzato a cedere i propri mobili ed a locare a terzi i propri beni, compresa la casa di abitazione (Trib. civ. Casale marzo 1904 *Giur. tor*, 1904, 332). Si fa eccezione solo quando la promessa di matrimonio, poscia inadempiuta, sia stata strumento e mezzo di seduzione (A. Torino, 11 aprile 1905, *id.* 1905, 795). A risarcire, poi, l'altra parte delle spese fatte *ob causam matrimonii* non può esser tenuto che il promittente, il quale senza motivo rifiuta di eseguire la promessa, ma non mai il genitore, nemmeno per fatti antecedenti alla promessa suddetta (Cass. Torino 30 giugno 1905, *id.* 1110). Cfr. in argomento anche l'A. Roma 9 gennaio 1906, est. MENICHINI, in questa Raccolta, 1906, 121.

Sui giusti motivi di rifiuto ad adempiere la promessa di matrimonio si vegga lo scritto di E. CANEGALLO, inserito nel *Mon. dei tribunali*, anno 1906, pag. 926-927, nota.

dizione tacita in quelle donazioni manuali, che hanno lo stesso presupposto di fatto dell'art. 1068, che cioè non potrebbero trovare nè ragione, nè fondamento senza la celebrazione del matrimonio in riguardo del quale sono fatte.

Ciò posto, mentre la restituzione di alcuni doni tra fidanzati cade sotto il regime del galateo morale e non può avere sanzione giuridica, nel dono manuale, che secondo la consuetudine fa il fidanzato alla sposa, di una serie di oggetti d'oro non indifferenti in rapporto alle condizioni economiche di ambedue, ben può ritenersi sottintesa o più propriamente manifesta, senza che abbia bisogno di essere espressa, la condizione del verificarsi del matrimonio, quando, come nei casi dell'art. 1068 tale condizione sia implicita nel fatto, e per tal modo intimamente connessa all'avvenimento futuro, che non avrebbe ragione, nè causa, se questo avvenimento non si ritenesse come certo.

E ciò il Collegio ravvisa nella donazione, oggetto di questa controversia. Deve infatti necessariamente escludersi che il dono potesse aver altra causa od altro riguardo che il matrimonio.

La lettera della Caterina lumeggia una siffatta certezza. Incombe allo sposo per consuetudine locale l'acquisto di questi ornamenti dei giorni felici; alla sposa incombe di provvedere il materasso.

L'uno e l'altro contributo alla futura unione presuppone il matrimonio. Senza la celebrazione di esso, non è moralmente concepibile l'uso dell'uno o degli altri; nè certo una fanciulla al momento in cui riceve non un monile od un anello od altra espressione materiale dell'affetto dello sposo, ma bensì quel complesso di oggetti preziosi che secondo l'uso e la condizione di lei dovranno ostentarsi nel giorno delle nozze, può pensare che essa se ne adornerà anche quando rimanga zitella.

La Caterina deve adunque restituire gli ori donati; e la indagine sulla colpa della rottura del matrimonio non influisce su tale obbligo. Poichè, mentre per avventura potrebbe dalla colpa dello Zampilloni essere sorta per lei un'azione a ripetere le spese ai sensi e nella misura dell'art. 54 cod. civ., non varrebbe la colpa a concederle un'azione di danno compensatrice dell'obbligazione che essa ha di restituire gli oggetti donati.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

21 dicembre 1906 n. 2657

Tempestini *Pres.* — De Ficchy *Est.*

Ferrovie Mediterranee (avv. *A. Rossi*) contro Monteforte (avv. *V. Carosi*).

L'ordinanza, con cui il giudice, delegato a raccogliere una prova testimoniale, fissa il giorno per gli esami, non è soggetta a reclamo, nel termine segnato dall'art. 209 c. p. c., ma l'eccezione di nullità della medesima può proporsi utilmente dinanzi al giudice delegato nel giorno indicato dall'ordinanza per l'inizio della prova (1).

Il termine di dieci giorni prima dell'esame, termine stabilito dall'ar . 233 c. p. c., si applica solo all'ordinanza che fissa il giorno per l'inizio degli esami, e non alle ordinanze successive emanate nel corso del procedimento od a quella che fissa il giorno per la prova contraria (2).

Il Tribunale, ecc. — Con sentenza 9-18 dicembre 1903, pronunziata da questo Collegio nella causa promossa da Monteforte Giovanni contro la Società delle ferrovie del Mediterraneo, munita della clausola di provvisoria esecuzione, e notificata il 9 gennaio 1905, veniva ammesso il Monteforte a provare i fatti articolati nelle sue conclusioni. Iniziata

(1) Su questo punto il MATTIROLO, *Trattato di dir. giud. civ. ital.*, quarta ediz., si esprime in senso contrario, ossia è d'avviso che il reclamo debba aver luogo nel termine stabilito dall'art. 183 cod. proc. civile (vol. II, n. 538). Veggasi, però, difformemente M. PETRONE, in *Diritto e Giur.*, XVII, 1, pag. 223 e seg., parte III, n. 9.

Col MATTIROLO sta anche l'A. Firenze 25 ottobre 1899, *Annali* 1899, 3, 398.

(2) Conformi: A. Bologna 14 maggio 1871, *Annali*, 1871, 3, 403; A. Milano 4 agosto 1897, est. SETTI, *Mon. trib.* 1898, 191; Cass. Torino 5 aprile 1900, *id.* 1900, 462; Cass. Roma 24 giugno 1901, *Corte Suprema* 1901, 2, 66; Cass. Palermo 2 giugno 1896, *Foro sic.* 1896, 390; A. Cagliari 25 ottobre 1900, *Giur. sar.* 1901, 1; Cass. Firenze 28 luglio 1904, *Riv. di giur. tosc.* 1904, 534, e *Temi ven.* 1904, 752.

tale prova nel febbraio 1905 dinanzi al giudice all'uopo delegato, con decreto del presidente di questo Collegio 10 novembre 1906 al giudice già surrogato avv. De Ficchy veniva sostituito per la prosecuzione dell'esame il giudice avv. Del Giudice, il quale, su ricorso di pari data (cioè del 10 novembre detto), fissava il giorno 15 novembre per tale prosecuzione. L'ordinanza notificavasi, sull'istanza della Società delle ferrovie, al Monteforte con atto dell'11 novembre 1906. Comparse le parti a mezzo dei loro procuratori nell'udienza incidentale del 15 novembre per procedere all'esame dei testimoni, il procuratore del Monteforte dichiarava di opporsi all'inizio della prova contraria, perchè il provvedimento col quale erasi fissato il giorno per tale inizio non era stato notificato dieci giorni prima dell'incominciamento stesso. Sul disaccordo delle parti il giudice delegato rimetteva le parti dinanzi al Collegio per la risoluzione dell'incidente.

Considerato in diritto circa la dedotta irricevibilità della eccezione di nullità dell'ordinanza, per non essersi tale eccezione proposta nel termine di cui all'art. 183 cod. proc. civile, che non abbia cotesta deduzione giuridico fondamento;

Che sebbene l'art. 209 del codice predetto stabilisca il termine di cui all'art. 183 per il reclamo dai provvedimenti dati dal giudice delegato per l'esecuzione delle prove, ancorchè giurisprudenza e dottrina abbiano talvolta affermato che detto termine sia applicabile eziandio al reclamo contro l'ordinanza del giudice delegato che stabilisce il giorno per l'inizio dell'esame, pare al Collegio più corretta quella interpretazione che non comprenda come soggetta al termine fissato nell'art. 209 l'ordinanza che stabilisce il giorno per l'incominciamento della prova;

Che infatti la dizione stessa dell'art. 209 ed il complesso delle sue varie disposizioni valgano a dimostrare come in quell'articolo si parli unicamente dei provvedimenti emanati dal giudice delegato durante l'esecuzione della prova, e non prima dell'inizio della stessa, e quindi non vi siano contemplati quelli diretti a preparare l'incominciamento mercè la fissazione del giorno per l'esame;

Che ciò chiaramente risulti ove si ponga riflessione sulla statuizione contenuta nel capoverso primo dell'art. 209, il quale dà facoltà *tuttavia, nonostante l'interposto reclamo,* al giudice delegato di ordinare la provvisoria esecuzione del provvedimento;

Che ciò spieghi appunto il concetto che il termine di cui all'art. 183 per interporre reclamo sia applicabile soltanto a quelle ordinanze che il giudice delegato pronuncia nel corso dell'esame, le quali può egli munire di provvisoria esecuzione, e non lo sia invece alla ordinanza che fissa il giorno per l'inizio dell'esame, la quale è una ordinanza preliminare ed indispensabile per tale inizio, ed ha per sè stessa forza esecutiva, essendo diretta a portare a cognizione della parte contraria che nel giorno stabilito si incomincerà l'esame, e porla quindi in grado di ottemperare all'obbligo prescritto nell'art. 234 cod. proc. civile;

Che del resto, mentre il breve termine di cui all'art. 183 si rende indispensabile per le ordinanze pronunciate durante lo svolgimento dell'esame per la natura delle statuizioni cui si riferiscono, ed il difetto di reclamo entro detto termine faccia presumere la volontà di accettarle ed eseguirle, tale aquiescenza non possa giammai presumersi quando una delle parti notifichi all'altra un'ordinanza la quale trasgredisca al termine stabilito nell'art. 233, fissando per l'esame un giorno che non vada al di là del decimo giorno dalla notificazione e ponendo quindi la parte avversaria nella condizione di non essere in grado di notificare nel termine prescritto la lista dei testimoni che vorrà far udire in riprova;

Che pertanto debba ritenersi ritualmente e tempestivamente proposta dinanzi al giudice delegato la eccezione di nullità dell'ordinanza;

Che però infondata sia l'eccezione nel merito, non potendo ritenersi indispensabile a pena di nullità il termine di cui all'art. 233 cod. di proc. civile per l'ordinanza, che durante lo svolgimento dell'esame, e dopo di essersi di già esaurito l'esame principale, fissi l'inizio dell'esame di prova contraria;

Che la ragione particolare del termine assegnato nel detto art. 233 con la rigorosa sanzione della nullità si spieghi ponendo in relazione tale articolo col susseguente art. 234, essendo appunto il termine di cui all'art. 233 necessario per render possibile all'altra parte di presentare anche i propri testimoni per la prova contraria;

Che la ragione pertanto di tale termine cessi allorquando l'ordinanza che fissa l'inizio

dell'esame abbia poi avuto luogo, e l'esame siasi di già svolto in parte, e non resti ad uno dei litiganti che esaurire a prova mercè l'audizione di altri testimoni;

Che quindi legittimo sia stato il provvedimento del giudice delegato, che, sebbene emanato il 10 novembre 1906, fissava il 15 novembre per l'esame dei testimoni di prova contraria, e valida sia stata la notificazione di detto provvedimento avvenuta nell'11 novembre, e debba perciò respingersi l'eccezione del Monteforte;

Per questi motivi, ecc.

R. PRETURA DEL VI MAND. DI ROMA

16 agosto 1906 n. 510

Orlandi *Est.*

Di Vanno (avv. *V. C. Tozzi*) contro Ferrovie Mediterranee (avv. *E. Varasca*)

Lo sciopero ferroviario, quando non sia generale e irrimediabile, non costituisce un caso di forza maggiore che impedisce alle Ferrovie di dare esecuzione al contratto di trasporto (1).

Le Ferrovie non sono obbligate, in caso di sciopero, ad avvertire il mittente della impossibilità di condurre a termine, per tale ragione, il contratto di trasporto (2).

Se la merce è stata spedita a tariffa speciale, le Ferrovie rispondono del solo ritardo e non dell'avaria verificatasi per il ritardo nella consegna: devono, quindi, rimborsare soltanto il nolo pagato per il trasporto della merce (3).

Il V. Pretore, ecc. — Rispetto alla eccezione di irresponsabilità sollevata dalla Mediterranea per il fatto che il ritardo sarebbe derivato dallo sciopero ferroviario, ritiene il giudicante che quest'ultimo non debba qui ritenersi un caso di vera e propria forza maggiore che esoneri le parti dall'esecuzione dell'obbligazione contratta ai sensi e per gli effetti degli art. 1225 e 1226 Cod. Civile.

Infatti esso potrebbe definirsi *forza maggiore* solo quando fosse veramente *imprevidibile*, cioè non occasionato nè cagionato dalla amministrazione ferroviaria, e *inevitabile*, cioè assoluto e generale e tale da non potersi rimediare altrimenti alla continuazione delle funzioni e del lavoro della impresa industriale.

Ora, nel caso in esame, lo sciopero dell'aprile 1905 non fu generale, ma fu ristretto solo in qualche zona e qualche linea. Pertanto, deve respingersi tale eccezione della convenuta, e, passando ad esaminare *ad abundantiam* la subordinata elevata al riguardo dall'attore, che cioè la Mediterranea sia sempre in colpa per non aver invitato il mittente a dichiarare la sua volontà per l'arresto temporaneo del trasporto, non può il magistrato accogliere questa tesi. Infatti, gli invocati art. 126, 127, 128 relativi alle *interruzioni temporanee dei trasporti* non si riferiscono nè possono riferirsi al caso di sciopero, ma solo a quello ben chiaramente accennato negli articoli stessi di interruzione per guasti ad una determinata linea.. E non trovasi perciò influente l'interrogatorio formulato dallo

---

(1-2) Uscendo dal caso speciale, a cui ha riguardo la presente decisione, osserviamo che lo sciopero ferroviario in genere fu ritenuto poter ben costituire un caso di forza maggiore dal Trib. civ. Genova 13 febbraio 1906, *Mon. trib.* 1906, 517.

La VI Pretura di Roma conferma con questa decisione la propria giurisprudenza (cfr. la sentenza dell'agosto 1905 in *Ferr. ital.* 1905, fasc. 4, pag. 14, con nota di richiami per l'avv. G. B. DE FERRARI). Invece, diverso è l'avviso del Trib. civ. Catanzaro 22 novembre 1905, *id.* 1906, 48.

La questione, poi, della forza maggiore è questione di grande delicatezza, *quaestio facti* rilasciata al criterio del giudice di merito (Cass. Roma, 27 novembre 1906, n. 803, est. SETTI, in *Cass. unica civ.* 1906, 928). Di solito, si decide trattarsi di forza maggiore quando torni impossibile l'esecuzione di un contratto nel tempo voluto. Così nello sciopero degli operai di un appaltatore fu veduto un caso di forza maggiore di fronte all'appaltante, per essersi resa veramente impossibile, non già soltanto più difficile o gravosa, la esecuzione dei lavori appaltati (Cass. Torino 3 marzo 1906, *Mon. trib.* 1906, 402).

(3) Controversia ormai vecchia, ma sempre dibattuta. Cons., da ultimo, Trib. civ. Roma 18 maggio 1906, est. DE FICCHY, in questa Raccolta, 1906, pag. 278, con richiami in nota.

La Pretura del VI Mand. di Roma ebbe a rendere una sentenza contraria a questa, che pubblichiamo, e cioè nel senso della giurisprudenza prevalente, nel 19 agosto 1904, est. MAZZA, sentenza pure inserita nell'attuale Raccolta, 1904, 525.

attore e che egli vorrebbe deferito alla convenuta: e quindi tale richiesta va respinta.

Sbarazzato il terreno da tutte queste questioni, si presenta il quesito: in che misura deve la Mediterranea rispondere dei danni. Perchè che danni vi siano stati è provato in modo non dubbio dalla perizia Perugini fatta il 24 aprile 1905 in contraddittorio delle parti, ed è ammesso del resto anche dalla convenuta; ed è egualmente fuori contestazione che il ritardo alla consegna della merce sia stato di 75 ore oltre il termine di resa e che la spedizione sia avvenuta secondo la tariffa eccezionale 903-A. Deve, però, venire applicato l'art. 5 delle condizioni della tariffa o l'art. 7?

Come è noto, il primo di essi contempla i danni per avaria e li commisura al valore della merce calcolata sul prezzo corrente nel luogo di accettazione della spedizione e nel giorno in cui essa avvenne, oltre il rimborso del nolo; il secondo accorda solo — per il ritardo — il rimborso totale o parziale del nolo stesso.

Deve però il Magistrato non accogliere la tesi dell'attore, giacchè essa — se può essere giusta in linea equitativa e può desiderarsi introdotta in future modificazioni delle attuali tariffe — non trova oggi fondamento nella parola e nello spirito della tariffa medesima. Giova, infatti, ricordare che queste tariffe speciali ed eccezionali, se offrono vantaggi finanziari a coloro che ne richiedono l'applicazione, in compenso, per il caso di non perfetta e completa esecuzione del trasporto pattuito, limitano grandemente le responsabilità stabilite dalle tariffe generali. E appunto adottando la interpretazione sostenuta dall'attore, tale limitazione di responsabilità nel caso in esame verrebbe quasi completamente a sparire, giacchè le ferrovie verrebbero a rispondere di quei *maggiori danni* che il legislatore volle esclusi nelle spedizioni fatte sotto il regime di queste tariffe speciali.

L'art. 5 è applicabile solo quando l'avaria o il danno sono cagionati da cattiva custodia o in genere da negligenza nel conservare le cose affidate alle ferrovie; per i danni derivati da ritardo (qualunque essi siano) è applicato l'art. 7, perchè le Ferrovie debbono rispondere (anche per il disposto del successivo articolo 8) dell'inadempimento del contratto solo per quanto si riferisce al tempo impiegato nel trasporto; e le conseguenze dirette o indirette del ritardo, qualunque esse siano, stanno appunto a carico dell'altro contraente per il chiaro disposto dello stesso art. 7.

Pertanto la Mediterranea deve rimborsare al sig. Di Vanno Gaetano soltanto il nolo pagato per il trasporto; e, sebbene essa dichiari, a mezzo del suo procuratore, di essere stata sempre pronta a ciò fare, non può accogliersi la richiesta sua di esonero dalle spese di questa lite, non essendo stata fatta tale offera nei modi per i quali potrebbe ritenersi offerta nei modi per i quali potrebbe ritenersi valida e produttiva di effetti giuridici.

Per questi motivi, ecc.

Avv. A. SANTE MARTORELLI, Direttore responsabile.

Tipografia "Industria e Lavoro„ Via delle Coppelle num. 35 - Roma.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

16 luglio 1906, n. 586

Pagano *Pres.* — Pianigiani *Est.*

Antolisei (avv. *C. Fani* e *D. Valenzi*) contro Marchetti ed altri (avv. *A. S. Martorelli*).

Al magistrato di rinvio non è vietato di ricostruire il fatto diversamente da quello configurato nella sentenza della Corte di Cassazione che dispose il rinvio (1).

Il compratore di un fondo con patto di riscatto, il quale, durante i termini del riscatto, agisca contro i coloni del fondo stesso, che sostengono di aver diritto di stare nel fondo, non può, verificandosi il riscatto in corso di causa, pretendere di non aver più nulla a vedere nella lite, dicendo obbligati i coloni a farsi attori contro il riscattante (2).

Se codesto compratore insiste in tale pretesa e frattanto non cura di proseguir la lite in merito, il suo contegno può interpretarsi dal giudice nel senso dell'abbandono della lite, da sua parte, e quindi bene il giudice, dichiarando infondata quella pretesa, lo condanna alle intiere spese di causa (3).

E' rimesso al giudizio incensurabile del magistrato di rinvio, delegato a pronunziare sulle spese di cassazione, il porre anche queste in definitivo a carico della parte stessa che ottenne il rinvio (4).

La Corte, ecc. — Con strumento 7 luglio 1899 Maria Nardi e Lida Tani venderono ad Agnese Valenzi-Antolisei vari terreni in Segni col patto di riscatto. Entrata la compratrice al possesso dei fondi, la Valenzi con atto 2 marzo 1901 convenne i coloni avanti il Pretore di Segni per costringerli ad esibire i titoli in base ai quali possedevano i fondi, con

(1) Questa medesima massima, come pure osserva la sentenza che annotiamo, fu dichiarata impeccabile anche dalle *Sezioni unite* nella decisione che tra le stesse parti, e sempre su ricorso della Antolisei, ebbero ad emettere lo stesso giorno 16 luglio 1906. Cotesta decisione ha il n. 585 e può leggersi in *Cass. unica civ.* 1906, 536.

(2) In fondo aveva ritenuto altrettanto l'altra sentenza della locale Cassazione nella medesima causa, sentenza pubblicata su questa Raccolta, 1905, pag. 59, con larghi richiami in nota.

(3) Al riguardo, nella memoria a stampa per i resistenti Marchetti e consorti di lite, l'avv. A. S. MARTORELLI scrisse quanto segue:

« Quando l'Antolisei avesse chiamato i Tani a partecipare alla lite, e quando questi l'avessero rilevata dalle conseguenze del giudizio, allora soltanto ella avrebbe avuto ragione di restare estranea alla controversia. Ma poichè, nella specie, non avvenne nè l'una nè l'altra cosa, manifesta apparisce l'irragionevolezza dell'Antolisei di non voler continuare la lite, e quindi di non volerne subire le spese. Supponiamo un caso. Io proprietario di un edifizio promuovo lite contro un inquilino dell'edifizio medesimo: durante la lite vendo l'edifizio: naturalmente, se il nuovo proprietario non se la sente di far sua la lite, questa dev'essere continuata da me, o, se non la voglio continuare, son io che quale recedente dal giudizio debbo sopportarne le spese. Nel diritto romano, che è l'inspiratore del diritto nostro, una simile teorica veniva largamente adottata. Si senta il WINDSCHEID (*Dir. delle pandette*, Vol. I, parte I, trad. ital. di FADDA e BENSA, cap. IV, Sezione 4 A, paragrafo 125, pagina 494-495):

« Il diritto romano prescrive che dopo l'inizio della lite non possa più alienarsi nè l'oggetto della controversia, nè la ragione sollevata sullo stesso: però, quanto all'oggetto della controversia, solo per il caso in cui la ragione sollevata sullo stesso sia una ragione di proprietà o di divisione. Però la alienazione fatta nostante il divieto, secondo l'opinione giusta, non è nulla, *ma soltanto inefficace quanto alla lite; questa può essere continuata, come se quella non fosse avvenuta* ».

Nè si dica che la Antolisei non alienò l'oggetto del litigio, ma questo venne a mancare per opera del riscatto eseguito dai Tani. Anzitutto, essa doveva prevedere il riscatto, e, prevedendolo, munirsi con la chiamata in causa dei Tani; in secondo luogo, essa non doveva ignorare il disposto dell'art. 1528 Cod. civ., secondo cui il riscattante è obbligato *solo* per le spese dell'atto di vendita, per quelle necessarie e per quelle altresì che hanno *aumentato* il valore dei fondi riscattati. Ora, il giudizio promosso dalla Antolisei non aveva di certo, almeno sin allora, *aumentato* il valore dei fondi relativi, anzi era un giudizio pericolosissimo e quasi perduto, dopo la sentenza 18-26 maggio 1903 del Tribunale di Velletri. Quindi, i Tani non erano obbligati a nessun rilievo verso la Antolisei — e pertanto era questa che *sola* doveva continuare la causa e rispondere delle eventuali conseguenze. Essa non volle: peggio per lei; ma è possibile che il suo capriccio ridondi a danno dei nostri clienti? E' possibile che l'inazione, *colpa sua*, diventi colpa nostra, colpa, cioè, di noi disgraziati costretti a difenderci? »

(4) Cfr. in termini la stessa Corte di Cassazione nella decisione 12 aprile 1905, n. 507, est. PIANIGIANI, decisione che può leggersi nella *Cassazione unica civ.*, anno 1905, pag. 136.

minaccia in caso contrario di sentirsi dichiarare semplci mezzadri.

Dopo alquanto indugio i coloni (odierni resistenti) risposero di possedere da lungo tempo e godere quali enfiteuti, lo che essendo stato impugnato dalla Valenzi, il Pretore dispose un interrogatorio che però non ebbe luogo al seguito di sentenza 18 maggio 1903 del Tribunale di Velletri, che qualificò la vertenza come giudizio di rivendicazione.

A questo punto avvenne una sosta perchè la Tani (venditrice superstite dei fondi in questione) esercitò il diritto di riscatto; onde la Valenzi dovè annunziare ai coloni riassumenti la causa, che essa non aveva più interesse a proseguire la lite, la quale avrebbe dovuto per loro cura seguitare in contraddittorio di chi aveva operato il riscatto. Ma i coloni insisterono perchè il Pretore pronunziasse la sentenza rigettando la istanza della Valenzi-Antolisei, la quale dal canto proprio concludeva in tesi perchè fosse stato dichiarato cessata la materia del contendere ed obbligati i coloni a riassumere la causa contro i Tani, in ipotesi ordinato di questi l'intervento in giudizio.

Il Pretore di Segni equiparò il contegno della Valenzi a un recesso dalla lite condannandola nelle spese. Interposto appello, il Tribunale disse che recesso non era, ma vi era pur troppo un giudizio cominciato e non finito, della cui interruzione la iniziatrice doveva sopportare la conseguenza, pagando le spese, non potendosi d'altronde obbligare i coloni a seguitare la lite, e i Tani, dal canto loro, a intervenire in giudizio per assumere l'azione incoata a suo rischio dalla Valenzi-Antolisei.

Questa allora ricorse al Supremo Collegio il quale con la sua decisione 19 dicembre 1904, ricostruiti i fatti della causa, disse « che non era il caso di parlare di volontario capriccioso recesso; che gli atti compiuti, essendo atti di conservazione, rimanevano duraturi ed efficaci a favore dei Tani, qualora avessero voluto seguitare il giudizio; che la Valenzi non aveva colpa della interruzione cagionata dal riscatto; che tutto ciò era a cognizione dei coloni, i quali, venendo fuori con un preteso diritto enfiteutico, avevano come spiegata un'azione rivendicatoria, che avrebbero dovuto seguitare contro i riscattanti; che in vista di tutto ciò era di giustizia si ritornasse sulla questione delle spese; a questo effetto, rigettati gli altri mezzi di ricorso e suggerendo fra le linee la opportunità di una compensazione di spese, rinviò al Tribunale di Roma.

Il Tribunale, con sentenza 10 maggio 1905, ritornò sui fatti affermando, in contraddizione a quanto aveva ritenuto il Supremo Collegio, che la Valenzi-Antolisei mai aveva denunziato ai suoi avversari di agire anche nello interesse dei suoi venditori con patto di riscatto, cioè in virtù di un dominio in lei che avrebbe potuto senza sua colpa risolversi, privandola della facoltà di continuare la lite.

La figura dei Tani, dice la sentenza, venne fuori a giudizio inoltrato quando sorse la paura di una possibile condanna alle spese.

Indi soggiunge che, avvenuto il riscatto, nell'attrice era pur troppo venuto meno il diritto di seguitare il giudizio, senza che d'altronde questo potesse rimaner vivo per conto dei riscattanti, che non erano stati chiamati in garanzia, e conclude, in conformità di quanto aveva in origine detto il Pretore di Segni, col giudicare che l'abbandono della lite per mancanza d'interesse rappresenta per parte della Valenzi-Antolisei un vero e proprio recesso, con l'obbligo in conseguenza di pagare le spese del giudizio.

Contro questa sentenza insorge di nuovo la Valenzi-Antolisei per i seguenti sette motivi.

1. Violazione e falsa applicazione degli articoli 1158 del Cod. civile, 38, 332-3-4-5-6-7, 472, 517, n. 1, 3, del Cod. di proc. civile, in quanto, essendo rimasto interrotto il giudizio per cambiamento della persona dell'attore, il giudizio stesso doveva necessariamente riassumersi per ordine del giudice in confronto del successore interessato a continuare la lite: e, nel caso, alla ricorrente Valenzi-Antolisei erano succeduti i Nardi-Tani per effetto del patto di riscatto dei fondi, ai quali si riferiva la lite. Il magistrato di rinvio non tenne conto di questo accidente giudiziario, che non era affatto imputabile all'Antolisei, promotrice della causa.

2. Violazione dell'art. 573 del Cod. di proc. civile perchè la sentenza pronunciata pretende rilevare un errore di fatto nel quale sarebbe incorso il Supremo Collegio, quando aveva ritenuto che la Valenzi-Antolisei aveva iniziato la lite nell'interesse proprio e dei Nardi-Tani; scambiando di tal modo un errore di fatto con un errore di calcolo, che è il solo sul quale non si costituisce la cosa giudicata e può essere sempre rilevato.

3. Violazione degli art. 343-4-5, 162, 176, 350, 360, n. 4, Cod. di proc. civ., perchè (senza che alcuno lo avesse domandato, ed in contradizione con quanto aveva ritenuto in fatto la precedente sentenza del Tribunale di Velletri, divenuta sotto questo punto cosa giudicata) dichiara che l'atto 17 agosto 1903, col quale la Valenzi-Antolisei denunziava ai convenuti l'avvenuto riscatto e che la causa doveva seguire in contraddittorio dei riscattanti, equivaleva a un recesso o rinunzia di lite, per poi discendere alla conseguente condanna nelle spese guidiziali della presunta rinunziante.

4. Violazione dell'art. 549 e 542 del Cod. di proc. per avere censurato la decisione di questa Corte dicendola erronea in fatto, mentre ciò esorbita dalla facoltà del Tribunale di rinvio, che è circoscritta nei termini di fatto segnati dalla Corte rinviante; e perchè, anche ammesso che la Valenzi non avesse al cominciare della lite manifestato agli avversari le condizioni del suo acquisto (cioè con patto di riscatto), non ne veniva che, cessata in lei la veste di proseguire il giudizio, dovesse essere condannata nelle spese.

5. Violazione e falsa applicazione degli articoli 422-3 o 207 Cod. di proc. civ. per avere affermato che la Valenzi-Antolisei avrebbe dovuto chiamare in garanzia i riscattanti, quando le si eccepì dai convenuti il diritto enfiteutico, mentre essa nulla aveva da pretendere dai suoi venditori, onde ne aveva solo chiesto tempestivamente l'intervento, per essere loro comune la controversia.

6. Violazione del pronunciato della Corte Suprema che ordinò il rinvio nel concetto che per parte della Valenzi-Antolisei non vi era colpa, se aveva dovuto, dietro il riscatto, cessare dalla lite, e che ad ogni modo sarebbe stato equo compensare le spese.

Violazione altresì delle norme, che disciplinano la contestazione della lite e le prove (art. 36-7-8, 134, 177, 182, 206 e seg. Proc. civ.), perchè, se era vero che la lite era comune ai venditori Nardi-Tani, e che mancava la prova del preteso diritto enfiteutico per parte dei coloni, la condanna della Valenzi-Antolisei nelle spese dell'interrotto giudizio si risolve in un mero arbitrio.

Ad ogni modo il Tribunale per veder le cose fino al fondo doveva ordinare l'esaurimento della prova chiesta dai coloni per provare l'accampato diritto enfiteutico.

7. Finalmente violazione degli art. 370, 517, n. 3 e 6, del Cod. di proc. civ., 2136 e 1562 del Cod. civile, perchè aveva, senza pur darne la motivazione, condannato la Valenzi-Antolisei in tutte le spese (comprese quelle del giudizio di cassazione, nel quale era stata vincitrice), mentre l'azione da lei proposta era in sostanza rivolta ad ottenere dai coloni la copia del titolo del godimento, cui ha diritto ogni creditore di una rendita, prima che spiri il trentennio, e che deve per legge essere somministrata dal debitore a proprie spese.

Considerato essere elementare che, ove il Collegio Supremo cassando rinvii per nuovo esame ad altro magistrato, questo nel punto a lui deferito diviene giudice sia del fatto, sia del diritto, e non è affatto obbligato ad attenersi ai criteri della Corte rinviante, salvo nuovo ricorso alle Sezioni Unite in caso di conformità colla sentenza già cassata e alla sezione semplice negli altri casi, quale è questo che oggi ne occupa.

Se così è, il Tribunale di Roma aveva la piena facoltà di ricostruire il fatto sui documenti della causa, pur discostandosi dalle vedute del Supremo Collegio, onde sotto questo aspetto esso non è redarguibile. Il Supremo Collegio invece per sua istituzione, mentre può correggere il diritto, deve accettare il fatto quale è posto dal giudice di merito, se non vuole anticipando gli eventi trasformarsi in giudice di terza istanza, al quale solo potrebbe esser lecito di rettificare il travisamento dei fatti

Ciò premesso, assumendo il fatto nella maniera esposta dal Tribunale, e cioè che la Valenzi-Antolisei iniziasse unicamente *pro se* il giudizio avanti il pretore di Segni, vien spontanea la conseguenza dal Tribunale inferita, che, interrotto od abbandonato per lei il giudizio medesimo, essa debba rifondere le spese agli avversari, che ben si difesero.

Considerato che ciò basterebbe di per sè a respingere il ricorso, se un senso di riguardo non imponesse di fare una rapida corsa sui sette motivi, con la certezza che la premessa agevolerà la risposta.

I. Considerato che il primo motivo trova ostacolo nella precedente decisione di questa Corte, la quale ebbe luogo di esaminarlo e respingerlo (quantunque proposto in forma esteriore alquanto diversa), col dichiarare in sostanza che, nel modo col quale erano stato condotte le cose, non era ammissibile che Valenzi e Tani formassero un'unica persona

giuridica agli effetti del giudizio, rifiutando tutti gli argomenti, coi quali la ricorren e pretendeva sostenere anche allora la doverosa riassunzione d'istanza per cura dei convenuti e l'ordine d'intervento in giudizio dei riscattanti;

II. Considerato che il secondo mezzo s'infrange contro la suesposta premessa, che, cioè, al magistrato di rinvio non è vietato ricostruire il fatto secondo vedute diverse da quelle della Corte Suprema, e di scendere a conclusioni difformi: perchè, se ciò non fosse la Cassazione rinviante non manderebbe la causa per nuovo esame, ma solo per uniformarsi alla decisione di essa Corte, come suole avvenire nel caso dell'articolo 547 del Cod. di procedura civile;

III. Considerato che nessun valore ha il terzo motivo, ove si rifletta che, una volta rinviata la causa, il Tribunale di rinvio era libero di configurare il fatto, che alla questione di nuovo posta ad esame si riferiva, nel modo che riteneva più congruo alla stregua degli atti, ed è un assurdo pretendere che sulla questione stessa la sentenza cassata dovesse in punto di fatto mantenere la forza di cosa giudicata, mentre sul punto di diritto sarebbe divenuta opera morta;

Il Tribunale di Roma esercitò quindi una sua facoltà riandando sui documenti e ricomponendo il fatto secondo le sue convinzioni, e di tale facoltà non può dirsi avere abusato, quando dal fatto trasse la conseguenza giuridica che la Valenzi aveva receduto dalla lite, e doveva quindi pagare le spese del giudizio lasciato interrotto senza colpa dei convenuti;

IV. Nè giova cogliere in fallo la denunziata sentenza sulla parola usata per definire l'accennata interruzione della lite, giacchè apparisce manifesto, a chi legga senza rancore, che il Tribunale, esclusa la *rinunzia* della lite ai termini dell'art. 343 e seg. della proc. civ. (la quale per essere riconosciuta e dichiarata dal giudice ha bisogno dell'accettazione contraria), giudicò trattarsi di un recesso, o, come voglia dirsi, abbandono, che portava, per natural conseguenza, la pena, dal giudice inflitta alla recedente, di pagare le spese;

V. Col quarto si pretende che il Tribunale avrebbe dovuto assumere i fatti nella giacitura in cui già si trovano nella decisione della Corte di cassazione: al che già risponde quanto fu detto in preambolo. Ma, dato pure che il fatto sia quello delineato dalla Corte, la conseguenza per la Valenzi non diviene migliore: dappoichè lo avere la medesima denunziato ai coloni che, trattandosi di atto conservativo, intendeva iniziare la lite per sè e per i suoi autori (ai quali paravasi dinanzi l'evento di tornare al dominio de' fondi) poteva recare l'effetto che, recedendo essa, i coloni dovessero accettare come legittimi continuatori della lite i riscattanti, ma non quello veramente peregrino, che questi dovessero, lasciando la veste di convenuti, e la eccezione convertendo in azione, la difesa in offesa, provocare dei riscattanti imedesimi la comparizione in giudizio;

VI. Considerato che neppure il quinto mezzo merita miglior trattamento, perchè, concesso che nel giudizio istituito dalla Valenzi contro i coloni non ricorresse il caso della chiamata in garanzia, occorreva certamente l'altro dell'art. 203 del Cod. di proc. civ., per il quale le parti in causa hanno la facoltà di chiamare direttamente in giudizio altra persona, a cui credano comune la controversia, espediente questo, da non confondersi coll'ordine d'intervento, del quale parla il successivo articolo 205 e che è rilasciato al giusto arbitrio del giudice;

VII. Col sesto si pretende dimostrare che le spese dovevano porsi a carico de' coloni, che avevano dato causa al giudizio col non esibire i titoli del loro possesso: ma, come è ovvio l'intendere, questa materia dipendente interamente da un'indagine di fatto sfugge al giudizio del Supremo Collegio. E poi nella specie in esame i criteri per la condanna nelle spese non dovevano in verità attingersi dalla colpa, ma dalla diserzione del giudizio per parte dell'attrice, che rese impossibile per mancanza di contradittorio la esecuzione delle prove, che avrebbero potuto chiarire i rapporti giuridici fra i coloni ed i proprietari dei fondi;

VIII. Col settimo mezzo finalmente la Valenzi si lagna che pur le spese di Cassazione sieno state poste a suo carico: ma anche questo è un campo rilasciato al prudente arbitrio del magistrato di rinvio, a cui non era vietato di adattare i suoi calcoli non tanto alla materiale soccombenza nella lite, quanto ad altri elementi processuali: non senza nel concreto caso osservare che, ove per poco si spinga l'occhio nelle varie fasi della vita, è facile convincersi che la Valenzi, con tutte le buone in-

tenzioni e senza l'ombra di mala fede, ha promosso un giudizio, nel quale in sostanza è riuscita fin qui sempre soccombente, e del quale oggi non sopporterebbe le spese, se in origine, ella, che sapeva meglio dei coloni la eventualità del riscatto, avesse avuto la prudenza di valersi del citato art. 203 del Cod. di procedura civile;

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

3 dicembre 1906 n. 817

Caselli *Pres.* — Spirito *Est.*

Stirna (avv. *A. Rosa*) contro Comune di Bieda (avv. *D. Canevari*).

La subastazione di terreni, su cui gravi una servitù civica, liquidata con l'assegnazione di una parte dei terreni stessi, non può aver luogo prima della divisione a senso di legge (1).

La Corte, ecc. — Considerato sui mezzi primo e quarto che la Corte di merito, col proporsi e risolvere il quesito nei termini sopra indicati, non tenne conto delle necessità della causa e dei confini, entro i quali occorreva che la decisione fosse contenuta, discendendo alla disamina di un punto di controversia che esorbitava dalle strette esigenze del giudizio;

Che in effetti si versava in causa di semplice opposizione al precetto;

Che, perciò, era sufficiente rilevare che tale atto, se inizia la procedura di esecuzione immobiliare, rimane però sempre un atto preliminare, in tutto distinto dal procedimento per subastazione, che prende le mosse dalla citazione, succedanea al precetto, e si concreta nella sentenza del Tribunale di autorizzazione alla vendita;

Che, quindi, divietando l'invocato art. 2077 cod. civ. la subastazione di un fondo, dal debitore posseduto in comune ed indiviso con altri, era bastevole ad osservare come la proposta questione fosse prematura in sede di semplice opposizione al precetto, potendo sempre il creditore istante, ad onta dei contrari rilievi opposti, prima d'iniziare il procedi-

---

(1) **La ragione dell'art. 2077 del Codice civile.**

Avendo dovuto occuparci ultimamente, per ragioni professionali, della disposizione dell'art. 2077 Cod. civile, crediamo di far cosa grata ai lettori sottoponendo loro una elegantissima questione.

Tre fratelli avevano proceduto, mercè un rogito notarile, alla divisione del patrimonio comune. Il rogito conteneva specificati i fondi compresi in ciascuna porzione: solo a riguardo di una casa, la casa paterna, il rogito si esprimeva così per ciascuna porzione: « *un terzo della casa sita in.... confinante la strada ed i fratelli* ».

Un creditore ipotecario di due dei detti fratelli iniziò un giudizio di esproprio e lo condusse a termine. Nel bando e nel verbale d'incanto i fondi acquistati furono descritti come nel rogito: prima s'indicò la porzione toccata al fratello *A*, poscia quella toccata al fratello *B*; di guisa che colui che si rese acquirente divenne proprietario di due terzi della casa indicata più sopra, ossia, per ogni fratello, del terzo toccatogli in divisione e descritto pure come sopra.

Però, allorchè l'acquirente volle mettersi in possesso di codesti due terzi, si oppose l'altro fratello estraneo all'esproprio ed eccepì la nullità dell'aggiudicazione fatta in ispreto dell'art. 2077 Cod. civile. Era fondata l'eccezione ?

Noi, consultati, rispondemmo negativamente per i motivi che andiamo ad esporre.

La divisione è lo scioglimento di una comunione, qualunque essa sia, ereditaria o meno. Nella specie, quindi, il problema da risolvere era questo: *Hanno sciolto i fratelli V...., mercè il rogito..... la comunione ereditaria ?*

E, leggendo attentamente il rogito, noi ne traemmo quanto bastava a dimostrare che intendimento dei nominati fratelli era stato veramente quello di sciogliere la loro comunione ereditaria, così che i fondi potessero amministrarsi liberamente da ciascuno per proprio conto.

Senonchè si affacciava un dubbio: Come poteva ogni fratello amministrare per conto proprio la quota toccatagli della casa paterna se non ne era stato operato materialmente il distacco dalle altre quote ? La divisione, dunque, o scioglimento della comunione, se esisteva, esisteva *di diritto*, ma non *di fatto*, mentre l'art 2077 esige la divisione *completa*, cioè e *di diritto* e *di fatto*.

Questo dubbio tramutava la questione da semplice *quaestio facti* in grave *quaestio juris*, dovendosi ricercare la mente del legislatore nel redigere l'articolo 2077 Cod. civ. Tale ricerca, naturalmente, doveva metter capo alla legislazione francese, perchè il nostro articolo 2077 è in sostanza una derivazione dell'art. 2205 del Codice francese. Rovistando tra le fonti, ossia tra i lavori presentati al Corpo legislativo di Francia nel famoso periodo rivoluzionario, noi c'imbattemmo nel discorso pronunziato dal tri-

mento per la vendita, far precedere quello di divisione, o, meglio, attendere l'esito della perizia all'uopo disposta dalla Giunta di arbitri, e già in corso di esecuzione;

Che, invece, piacque al giudice di merito avvolgersi nella disamina di una questione, in tutto prematura, e gli occorse così, confondendo i due momenti distinti del procedimento esecutivo, di dare una risoluzione della controversia, che non è corrispondente ai sani criteri giuridici, nè alla speciale natura dei diritti sui quali cadeva il dibattito;

Ora, che dei semplici *jura in re*, come la denunciata sentenza qualifica gli usi o servitù civiche, non attribuiscano a chi ne sia investito una ragione di comproprietà sul fondo che ne è gravato, è concetto nel quale si può convenire di leggieri con la sentenza impugnata.

Che, però, ad ammettere cotesto principio, occorreva, anzi tutto, istituire disamina intorno all'indole giuridica di siffatti usi o servitù civiche per istabilire se fossero in tutto conformi, e sempre, ai semplici *jura in re* del diritto comune;

Che, poi, pure prescindendo da simile ricerca, conveniva considerare l'influenza che potesse, per avventura, spiegare sulla risoluzione del quesito il giudicato della Giunta di arbitri 22 agosto 1890 in relazione alla legge 24 giugno 1888, per vedere se i diritti vantati dalla popolazione di Bieda, qualunque fosse la loro natura giuridica, avessero subito trasformazione;

Che, per contro, di cotesta sostanziale difficoltà pare che neppure si accorgesse il magistrato di appello, il quale nelle sue considerazioni neanche richiama la sentenza arbitrale; e, se fuggevolmente accenna alla legge 24 giugno 1888, ricordando il doppio modo di liquidazione della indennità da essa stabilita, non si preoccupa punto di porre tale disposizione in rapporto col giudicato della Giunta per discernere se il modo adottato dagli arbitri avesse indotto modificazione agli originari rapporti giuridici fra la proprietaria del fondo gravato dalle servitù civiche e gli utenti di esse; e solo si appaga di affermare che la divisione, comechè dichiarativa, niente poteva mutare dell'indole di tali rap-

---

buno LAHARY, uno degli oratori incaricati di presentare il voto del tribunato sulla *legge relativa all'espropriazione forzata*. In tale discorso leggemmo il seguente brano: « Je reponds enfin que jusqu'à ce que tous les biens possédés en commun soient licités, où partagès, il est incertain si tel ou tel immeuble, *telle ou telle portion d'immeuble* écherra dans le lot du cohéritier débiteur, s'il ne recueillera pas pour sa part successoire une somme d'argent au lieu d'un corps héréditaire; si même, après la prélevation des dettes de la succession, il restera quelque excédent sur lequel il puisse exercer son droit ».

Che queste siano le ragioni, dalle quali è balzata fuori la disposizione del ripetuto art. 2205, non è assolutamente possibile di dubitare. La riprova ce l'offre il DURANTON, commentando appunto cotesto articolo: « Il motivo della disposizione — scrive il DURANTON — è di prevenire la nullità di una subasta, come fatta a danno di una persona non proprietaria. In effetto potrebbe avvenire che mercè la divisione l'erede debitore non avesse alcuna parte dell'immobile la cui espropriazione fosse domandata, per la sua quota ereditaria, da' suoi creditori particolari; or, secondo il suddetto articolo, la divisione essendo *dichiarativa*, cioè facendosi conto che ogni condividente sia succeduto solo ed immediatamente a tutti gli effetti compresi nella sua quota, o pervenutigli all'incanto, e non aver giammai avuto la proprietà degli altri effetti ereditarii, l'esecuzione e la vendita fatta in danno dell'erede debitore, se questo caso si avverasse, sarebbero nulli, come fatti in danno di chi non è proprietario; *e ciò appunto si volle prevenire* (*Corso di dir. civ.*, vol. XI, lib. III, n. 12) ».

Non ci sembrò dubbio, dopo queste ricerche, che anche con l'art. 2077 Cod. civ. italiano il nostro legislatore abbia voluto impedire la espropriazione di una cosa *incerta* e che non si sa, prima della divisione, se spetterà al debitore contro cui si dirige lo esproprio.

E', dunque, la divisione giuridica, ossia lo scioglimento giuridico della comunione, ciò che interessa soprattutto la legge vigente. Lo scioglimento, di *fatto*, della comunione non è che una ovvia conseguenza dello scioglimento giuridico; e, quindi, quella che dicesi impropriamente *divisione di fatto* non è, invece, che la *materiale esecuzione* della divisione vera, cioè della divisione giuridica.

Certamente, fu più felice del nostro e del francese il legislatore ginevrino, quando dettò l'art. 516 di quel Codice, col quale articolo esplicitamente si permise la espropriazione della parte indivisa del debitore, quando è certa e determinata nella sua quantità; cosicchè potè dirsi in proposito, con linguaggio, però, che non approviamo, che se un immobile è attribuito a due coeredi, metà per ciascuno, questa metà certa, sebbene di un immobile

porti, e che, risolvendosi l'affrancazione in un semplice diritto ad indennità, pur se liquidata in natura, si concretava sempre in una prestazione personale, che nulla poteva aver di comune con la comproprietà del fondo affrancato investito col precetto;

Che, però, in tal modo ragionando, sfuggì alla Corte il vero significato della legge 24 giugno 1888, nè si accorse che in siffatta guisa veniva ad urtare contro il giudicato della Giunta di arbitri, riuscendo insieme ad una errata applicazione del principio, che la divisione sia semplicemente dichiarativa e non attributiva di diritti;

Che, invero, se detta legge concede facoltà agli arbitri di liquidare la indennità, o in un annuo canone, o col distacco in favore degli utenti di una quantità di terreni corrispondente al valore delle servitù affrancate, significa appunto che, in tal caso, come nella specie, la divisione per affrancazione diventi attributiva, in quanto, a vece di una prestazione di pecunia, viene assegnato agli utenti parte del fondo affrancato, che diviene così comune ed indiviso;

Che se pure, stando alle norme del diritto comune, senza tener conto delle peculiari disposizioni della indicata legge, si voglia conservar sempre alla divisione la sua natura puramente dichiarativa, ritenendo che l'assegnazione della indennità in terreni costituisca niente più che un semplice modo di pagamento, la conseguenza, anche sotto cotesto aspetto, sarebbe sempre identica, dacchè, in entrambe le ipotesi, il fatto dell'attribuzione dell'indennità in una parte del fondo affrancato farebbe diventare comune fra proprietario ed utenti il fondo medesimo, immutando gli originari rapporti;

Che se sono indubbiamente cotesti gli effetti del giudicato emesso dalla Giunta di arbitri, in base alle analoghe disposizioni della legge 24 giugno 1888 appar chiaro che, senza il previo distacco della porzione assegnata alla cittadinanza di Bieda, malamente si procederebbe alla subastazione del fondo precettato, contro il formale disposto dell'articolo 2077 codice civile;

Che, dovendosi perciò annullare la impugnata sentenza, sarebbe ultroneo occuparsi degli altri mezzi del ricorso;

Per questi motivi ecc.

---

indiviso, è suscettiva d'essere subastata dal creditore di un coerede.

Del resto, oltre la *mens legis*, la logica suffraga ampiamente la tesi che abbiamo accennato. Altro è espropriare una quota di patrimonio *incerta*, cioè che non può sapersi se toccherà in divisione al debitore, ed altro è espropriare una quota di patrimonio *certa*, vale a dire che spetta già al debitore medesimo. Nel primo caso potrebbe capitar di vendere un bel nulla: nel secondo caso si vende una quantità determinata di una cosa concreta. I coeredi o comproprietari, in quest'ultimo caso, non potranno lasciar con le mosche in pugno l'acquirente, come bene ce lo potrebbero lasciar nel primo. Confondere i due casi e considerarli alla stessa stregua non è da giuristi. L'acquirente di quota *certa*, se non sa materialmente, per occuparci della specie che ha dato causa a questa nota, quali sono gli ambienti di casa esclusivamente suoi, ha bene il mezzo di farli determinare. Gli altri coeredi o comproprietari dovranno su ciò accordarsi con lui, ove non vogliano ch'egli coattivamente imponga loro *la esecuzione della divisione* già passata tra i medesimi e il debitore espropriato.

Nè si obbietti che, permettendo l'esproprio, nei termini suespressi, si va contro agli interessi del debitore, in quanto pochi, di solito, concorrono all'incanto di cosa non bene specificata ed anzi da precisarsi eventualmente con una lite. Che si vada contro a tali interessi può essere, ma dubitiamo assai che di ciò la legge si preoccupi. Le disposizioni che regolano la espropriazione forzata hanno un solo scopo: che il debitore soddisfi quanto deve al creditore. La legge non favorisce più l'uno che l'altro: essa è obbiettiva e le norme che detta si inspirano a giustizia scevra di ogni sentimentalismo. D'altronde, la medaglia dei sentimentalisti, ossia di coloro che si muovono a compassione del debitore, ha, nel caso, il suo rovescio, se è vero che le spese giudiziali occorrenti per precisare meglio la cosa da vendere gravano sempre sul debitore, il quale, quindi, viene a perdere preventivamente quel beneficio (molto eventuale, poi) che gli deriverebbe da un maggior concorso di offerenti alla pubblica asta.

Ma, se volessimo continuare nelle considerazioni che l'argomento suggerisce, finiremmo probabilmente per concludere che la disposizione dell'articolo 2077 Cod. civ., la s'intenda come meglio aggrada, non ha ragion veruna di esser mantenuta nel Codice.

E questa forse sarebbe la conclusione più giusta *de jure condendo*. *De jure condito*, però, sembra a noi chiaro che la disposizione suddetta debba interpretarsi in coerenza alle ragioni che la determinarono e che sono unicamente quelle di cui abbiamo discorso sin qui.

AVV. A. S. MARTORELLI

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 dicembre 1906 n. 838

Caselli *Pres.* — Setti *Est.*

Morelli (avv. *C. Boiardi*) contro Seganti (avvocato *N. Tabanelli*).

La responsabilità dell'architetto e dell'imprenditore, contemplata dall'art. 1639 *cod. civile, non è solidale, ma di essi ciascuno è tenuto pel fatto proprio, eccetto il caso in cui nel fatto dell'uno vi sia la diretta compartecipazione dell'altro* (1).

La Corte, ecc.. — La sentenza denunciata afferma che il Seganti non disconosceva che in realtà sarebbe soggetto all'azione di indennizzo di cui all'art. 1639 cod. civ. per la temuta rovina della Canonica, ma che però contestava di essere stato un vero imprenditore dell'opera, perchè il progetto dei lavori venne redatto dall'ing. Della Scala, ora defunto, col preventivo delle spese e col dettaglio dei lavori stessi, i quali furono eseguiti in conformità ai disegni e sotto la sorveglianza e direzione dello stesso ingegnere, per quanto riguardava la costruzione delle fondazioni, mentre egli, per i lavori di demolizione, di scavo e di fondazione venne pagato ad un tanto al giorno, come gli altri operai, e, per quelli a costruzione ad un tanto il metro quadrato, con materiali fornitigli da Don Bignardi, predecessore del convenuto D. Morelli.

E a dimostrare questo suo assunto il Seganti presentava documenti e deferiva al D. Morelli analogo interrogatorio.

Ciò premesso, la Corte ha osservato che per la responsabilità dell'architetto e dell'imprenditore l'art. 1639 non parla di solidarietà, nè si può presumere, dovendo essa risultare dai contratto o dalla legge. Quindi, la loro responsabilità deve essere considerata non già astrattamente, ma alla stregua dell'opera compiuta, in rapporto agli obblighi contrattuali assunti. Essa ha detto che la responsabilità d'un imprenditore poggia sulla presunzione di libertà di azione e di iniziativa personale nella esecuzione di un'opera, tanto che la irresponsabilità dell'architetto non produce anche quella dell'imprenditore, se per colpa sua e indipendentemente dal progetto avesse dato causa a rovina od a minaccia di rovina dell'edificio.

Ora, questo ragionamento della sentenza è giustamente e legalmente esatto, perchè il *vinculum sceleris*, sul quale si fonda la responsabilità solidale in tema di delitto o quasi delitto giusta l'art. 1156 cod. civ., presuppone il concorso di più persone nello stesso fatto. Quando invece i fatti dolosi o colposi sono diversi, *quisque tenet sua* e ciascuno risponde del fatto proprio. E questo avviene appunto nella costruzione di un edifizio o di altra opera notabile, perchè il costruttore e l'architetto assumono obbligazioni diverse verso il committente, e diverso è il lavoro che compiono, eccetto il caso, in cui nel fatto dell'uno vi sia la diretta compartecipazione dell'altro.

La Corte, proseguendo, poi, ad esaminare le prove offerte dal Seganti per escludere la sua responsabilità, afferma essere dimostrato dai documenti che i lavori tutti attinenti alla costruzione della nuova Canonica furono progettati da persona competente, ed in ciò (ossia, per quanto riguarda il progetto) sarebbe estranea ogni responsabilità del preteso imprenditore, dato che un imprenditore vero e proprio vi fosse stato, mentre il Seganti, in base ai documenti e ai capitoli di interrogatorio, sosteneva invece che egli fu un prestatore di opera sotto la direzione del committente e dell'architetto, specialmente per ciò che riguarda i lavori di fondazione, al difetto dei quali si vuole ascrivere la minacciata rovina dell'edifizio, data la speciale natura del terreno.

---

(1) La sentenza confermata è quella dell'A. Bologna 12 febbraio 1906, in *Temi ven.* 1906, 218. Testè anche la Cass. Torino ritenne che la garanzia è dovuta dall'architetto e dall'imprenditore nelle rispettive qualità, cioè in ragione della rispettiva ingerenza e competenza (dec. 18 ottobre 1906, in *Rivista tecnico legale*, 1907, 2, 40). Tra la giurisprudenza ormai vecchia ricordiamo la conforme decisione della Cass. Napoli 17 dicembre 1886, in *Gazzetta del Procuratore*, anno XXI, pag. 377.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 dicembre 1906 n. 842

Pugliese, *Pres.* — La Terza, *Est.*

Esattore imposte di Potenza (avv. *G. Montesano*) contro Morlino.

E' valido il pignoramento che delle somme dovute dal Consiglio notarile a' suoi dipendenti si faccia presso il Presidente, e non il Tesoriere, del Consiglio stesso (1).

La Corte ecc. — Osserva che il Tribunale ha pronunziata la nullità del pignoramento, eseguito dall'esattore presso il Presidente del Consiglio Notarile, pel motivo che il Conservatore e Tesoriere è quegli che ha il maneggio del denaro spettante al Consiglio suddetto, e quegli che, in sostanza, detiene le somme tutte, fra le quali quelle che si pagano sulla emissione di analoghi mandati al Conservatore ed agli impiegati diversi del Consiglio, e quindi presso di lui doveva seguire il pignoramento. Non ha riflettuto però il Tribunale che il pignoramento presso terzi, se può validamente farsi presso il detentore di ciò che appartiene al debitore, anche validamente si esegue presso il debitore del debitore pignorato; la legge di rito in modo espresso lo dice, e non vi sarebbe ragione alcuna di includere il detentore e d'escludere il debitore..

Ora, nella specie, se non si dubita che il Tesoriere e Conservatore abbia il maneggio del danaro, che esige le tasse e qualsiasi altro provento ed esegue i pagamenti che stanno a carico del Consiglio con le somme esatte, versando il residuo nella Cassa dei Depositi e Prestiti, non può altrettanto mettersi in forse che il vero ed effettivo debitore degli stipendi non è il Tesoriere, ma l'Ente di cui il rappresentante è il Presidente, al quale perciò il pignoramento poteva farsi. E tanto più poteva farsi, in quanto il presidente suddetto, oltre alle attribuzioni di presiedere le adunanze del Consiglio, di attendere alla custodia dei documenti, repertori e sigilli, di curare la esatta osservanza degli obblighi imposti ai notai, ha anche l'altra di emettere i mandati, che materialmente si pagano al Conservatore e Tesoriere, la quale ultima attribuzione, implicando l'esame se e come possa emettersi l'ordine di pagamento, dimostra che il presidente debba conoscere ciò che da altri si pretende sugli stipendi del Conservatore e degli impiegati del Consiglio, per disporre a norma di legge.

E questo modo di vedere, oltre che è in conformità del codice di procedura civile, trovasi confermato anche dalla legge sulla contabilità generale dello Stato.

(1) In base agli stessi principi e relatore lo stesso cons. LA TERZA, la Cass. Roma 23 febbraio 1904, n. 191, in causa Frignelli contro Sartori e Taccani, ritenne valido un pignoramento presso terzi, eseguito presso l'Esattore di un ente morale, anzichè presso il Presidente dell'Ente medesimo. Nella suddetta circostanza la Corte notò anche che nel debitore pignorato mancherebbe, in ogni pessima ipotesi, l'interesse legittimo ad eccepire quella nullità che si potesse vedere nel fatto.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

7 dicembre 1906, n. 843

Pagano, *Pres.* — Riccobono, *Est.*

Banca d'Italia (avv. *M. Baggini*) contro Dore (avv. *G. Marino*).

Il passaggio della vedova a nuovo matrimonio, senza aver prima convocato il Consiglio di famiglia, le fa perdere l'amministrazione dei beni dei figli minori, ma non importa decadenza da quell'attributo della patria potestà che è la rappresentanza dei figli medesimi in tutti gli atti civili (1).

La Corte, ecc. — Si ravvisano ben fondate le censure rivolte col primo mezzo alla denunziata sentenza. Non può invero revocarsi in dubbio che questa abbia contraddetto ai principi che governano l'istituto della patria potestà secondo il cod. civ. italiano.

Questo, a differenza di altre legislazioni,

(1) Una bellissima nota sull'argomento è quella di G. BONELLI, in *Foro ital.*, 1907, 1, 271. Il BONELLI concorda con la sentenza che pubblichiamo; soltanto vorrebbe che si andasse più a fondo e si tutelassero francamente i diritti dei terzi che contrattano con la madre binuba.

Cfr. pure A. Catania 5 ottobre 1882, *Giur. ital.*, XXXV, 2, 136, e, da ultimo Cass. Palermo 7 luglio 1904, *Foro Sic.*, 1904, 470.

Ad utilità dei lettori vogliamo accennare alcune

nell'art. 220 riconosce in entrambi i genitori la patria potestà sui figli sino alla maggiore età o all'emancipazione, e solo durante il matrimonio ne affida l'esercizio esclusivamente al padre, in considerazione del posto ch'egli occupa nella famiglia, della sua incontestabile superiorità sulla moglie e del buon governo della famiglia stessa, ma tosto soggiunge che, non potendo tale potestà esercitarsi dal padre, essa viene devoluta alla madre. Sciolto poi il matrimonio, questa immantinenti assume l'esercizio della patria potestà, non intaccandone l'essenza quelle condizioni che in forza dell'art. 235 può il padre, per testamento o per atto autentico, stabilire alla madre superstite per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni, e che questa può respingere, provocando all'uopo la convocazione e la deliberazione di un consiglio di famiglia; ond'essa gode degli attributi della patria potestà, precipui fra essi, la rappresentanza dei figli minori in tutti gli atti civili, e l'amministrazione dei loro beni, comunque venissero mantenuti quei limiti voluti dal padre nella educazione dei figli e nell'amministrazione stessa dei beni.

Il passaggio della madre a nuovo matrimonio non induce il grave effetto della sua decadenza da quell'attributo della patria potestà che è la rappresentanza dei figli minori in tutti gli atti civili.

Se la legge guarda con diffidenza il passaggio della madre a seconde nozze e teme pei figli minori il destarsi di nuove affezioni in lei e la soggezione al nuovo marito, essa provvede con le guarantigie sancite agli art. 237 e 238 c. c. Le fa obbligo a tal uopo di far convocare prima il consiglio di famiglia, perchè deliberi se l'amministrazione dei beni le debba essere conservata, nel qual caso il consiglio le potrà stabilire condizioni riguardo alla stessa amministrazione e alla educazione dei figli.

Se la madre, rimaritandosi, non convoca il consiglio di famiglia, perderà di diritto l'amministrazione, e della gestione di fatto che essa continua, e di quella esercitata per il passato, risponderà in solido col nuovo marito.

Le sanzioni dalla legge al riguardo stabilite non vanno più in là. Le parole da essa adoperate, lungi dal rivelare il pensiero di privare la madre dell'esercizio della patria potestà sulle persone dei figli minori, manifestano apertamente com'essa abbia voluto toglierle l'amministrazione dei beni, sola opportuna cautela per la preservazione del patrimonio dei figli del primo letto, lasciando ad essa intatto l'esercizio di ogni altro attributo della patria potestà, fra i quali il diritto alla legittima rappresentanza dei figli.

Ond'è che la sentenza denunziata fece mal governo delle disposizioni di legge sopra ricordate, attribuendo al passaggio della signora Mulas a nuovo matrimonio l'effetto della perdita della rappresentanza legale dei suoi figli minori

---

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

7 dicembre 1906, n. 844

Pagano, *Pres.* — Riccobono, *Est.*

Revello (avv. *R. Donzelli*) contro Società anonima « Cantiere Navale di Muggiano » ed altri (avv. *G. Berlingeri* e *P. Fiamberti*).

Se i rimedi possessori sono inammissibili avverso gli atti che la pubblica amministrazione compie in virtù del suo potere discrezionale, i rimedi stessi possono, però, sperimentarsi sempre contro gli atti che un privato esplichi, esercitando un'industria (nella specie, cantiere navale), nonostante ne

---

questioni affini. Per la deliberazione di cui all'articolo 237 Cod. civ. il Consiglio di famiglia deve essere convocato presso il Pretore del mandamento dove ha domicilio la madre che esercita la patria potestà e non presso il Pretore del Mandamento dove si trova la sede principale degli affari dei minori (A. Milano 4 ottobre 1906, *Mon. Trib.*, 1906, 892). La madre binuba può reclamare in via di volontaria giurisdizione contro il provvedimento del Tribunale che omologò la deliberazione del Consiglio di famiglia con cui le si tolse l'amministrazione dei beni dei figli di primo letto (Cass. Torino, 26 settembre 1906, *Giur. tor.*, 1906, 1464. L'A. Casale 18 maggio 1906 aveva negato questo diritto, riconoscendo alla madre binuba soltanto la facoltà di reclamare in sede contenziosa con citazione di tutti coloro che possano avere interesse ad opporsi; ma la enormità di questa tesi venne mirabilmente messa a nudo dalla Redazione della *Giurisprudenza Torinese*, anno 1906, pag. 707).

abbia ottenuta la debita concessione dal Governo (1).

La Corte ecc. — Attesochè la denunziata sentenza non contraddice ai principî che, in siffatta materia, vedonsi costantemente accolti da questo Supremo Collegio; ma di essi, nella presente controversia, fece la più erronea applicazione. Non può invero dubitarsi della inammissibilità dei rimedi possessorii in rapporto a quella categoria di atti della pubblica amministrazione, che sono da essa compiuti nella sua potestà discrezionale, e ciò tanto per la presunzione di legittimità, inerente a tali atti, che non si può scuotere in sede possessoria, quanto per il fine indiretto al quale la istanza converge, della revoca od annullamento dello stesso atto amministrativo, di guisa che, di fronte ad un atto che esplica un potere pubblico, non si può parlare di violazione di possesso privato, per invocarsi dall'autorità giudiziaria le sanzioni scritte per la manutenzione o reintegrazione di tale possesso.

Che l'errore della denunciata sentenza consiste, invece, nell'avere ravvisato nell'azione, promossa dal Revello, una supposta relazione ad un atto della pubblica amministrazione, del genere di quelli testè indicati.

Indubbiamente la esistenza, nel seno di Mugggiano, di un cantiere per costruzione di navi, necessariamente presuppone l'atto di concessione delle autorità governative, e a queste si fa cenno nell'istrumento 9 giugno 1897, riferito dalla denunziata sentenza, relativo alla locazione fatta dalla Società di Petursola Limited alla ditta Hoffer Manaira.

Ora, l'atto amministrativo, nel caso in ispecie, avrebbe per obbietto una di quelle concessioni relative al demanio marittimo, devolute all'autorità governativa, ad uso di industria marittima, e, nella specie, ad uso di cantiere. Per ciò che concerne le ragioni di pubblico interesse e le norme che accompagnano siffatte concessioni, l'amministrazione esplica un potere che non soffre controllo. Ma l'industria che sorge, per l'effetto di simile concessione, ingenera rapporti d'indole privata, e, se l'esercizio di cotesta industria offende i diritti del terzo, soccorre la giurisdizione del magistrato ordinario.

La presunzione di leggittimità cuopre l'atto dell'amministrazione, in quanto esplica il potere della concessione del demanio marittimo ad uso di cantiere. Non può dunque elevarsi per ciò che concerne l'esercizio di cotesta industria.

Che, nel caso in ispecie, nè la citazione introduttiva del giudizio, nè le ulteriori deduzioni dell'attore Revello contengono alcuna parola che suoni contraddizione alla potestà esercitata dalla pubblica amministrazione con la concessione di cui si tratta; nè aveva ragione egli di combatterla, in quanto è risaputo che simili concessioni sono fatte senza pregiudizio dei diritti dei terzi; ma il Revello lamenta che dal modo come l'industria si esercita il pacifico possesso della sua villa venga turbato. Pertanto, a contrastare la competenza dell'adito magistrale ordinario, invano si deduce la supposta contestazione dell'atto amministrativo.

Che parimenti nè l'atto di citazione, nè le conclusioni dell'attore suffragano l'altro assunto che la domanda involga revoca o annullamento di atto amministrativo, non essendosi chiesta alcuna pronuncia che metta capo a simigliante ordine; ma, assodato che il modo come viene esercitato il cantiere turbi il pacifico possesso dell'attore, in questo egli ha chiesto di esser mantenuto mercè analogo provvedimento del magistrato.

Che basta il sinquì detto per la preliminare questione della competenza, poichè l'indagine, se i fatti dedotti dal Revello costituiscono o meno la dedotta turbativa di possesso, appartiene al giudice del merito, al quale, in concreto, spetta conoscere dell'ammissibilità del rimedio possessorio, risolto il tema della competenza con la presente decisione.

Per questi motivi, ecc.

---

(1) Sulla prima parte della massima veggasi la stessa Cass. Roma nella decisione 3 luglio 1905, estensore CORBO, in questa Raccolta, anno 1905, pag. 402, con richiami in nota.

Che, poi, l'esercizio di uno stabilimento industriale, il quale rechi grave incomodo alle proprietà vicine, possa in certi casi qualificarsi lesivo del diritto altrui, è dottrina comunemente ricevuta. Cfr. da ultimo, A. Genova 28 dicembre 1906, in *Temi gen.*, 1907, 22, con nota critica di A. NATTINI. Vedi anche l'altra sentenza 29 dicembre 1906 della stessa A. Genova, *Id.*, 1906, 51.

CARTE DI CASSAZIONE DIROMA

11 dicembre 1906, n. 852

Caselli, *Pres.* — Cerza, *Est.*

Gerez (avv. *C. Camerini*) contro Pellegrini (avv. *A. Benaglia* e *O. Gambini*).

Il ricorso per cassazione contro una sentenza interlocutoria, pronunziata in seconda istanza, interrompe il corso della perenzione del giudizio di appello. (1)

La Corte, ecc. — La controversa questione da risolvere nella presente causa consiste nel sapere se il ricorso per cassazione contro una sentenza interlocutoria, pronunziata in seconda istanza, interrompa il conso della perenzione del giudizio di appello.

Coloro che sostengono la negativa trovano il principale argomento nell'art. 520 del codice di proc. civ., dal quale rilevasi che il ricorso per cassazione, non sospendendo l'esecuzione di una sentenza che non provvede definitivamente sul merito della lite, molto meno può sospendere o impedire il corso della perenzione del giudizio di appello, nel quale la sentenza fu pronunziata. Ma, di fronte a tale opinione, vi è quella di coloro che sostengono che l'eseguire o meno una sentenza in pendenza del ricorso per cassazione sia una facoltà, e non un obbligo, e che chi non crede di far uso di una facoltà, che la legge gli accorda, non può ritenersi inerte, nè può far presumere che abbia abbandonata la lite.

La Corte di Bologna, con esauriente motivazione, adottò la seconda delle accennate opinioni, ed il suo pronunziato non merita censura.

E di vero, di fronte ad una facoltà, e non ad un obbligo imposto tassativamente dalla legge, non può dirsi che la stessa non sia stata osservata dalla parte contendente in un giudizio esecutivo, che per ragione di prudenza stimò opportuno di astenersi dal proseguire, per non esporsi al rischio di soggiacere a spese inutili, ed anche ad un'eventuale condanna per rifacimento di danni, cagionati dall'esecuzione di una sentenza che poteva essere in seguito cassata.

Non può certamente mettersi in dubbio che, a norma dell'art. 543 cod. proc. civ., la cassazione di una sentenza importa l'annullamento delle sentenze e degli atti posteriori, ai quali la sentenza cassata abbia servito di base; e di fronte ad una tale possibilità non potrebbe pretendersi che il creditore, sol perchè non gliene è negata la facoltà, prosegua la procedura esecutiva anhe prima che ogni ostacolo sia rimosso; e nel non volersi avvalere, per ragioni di prudenza, di una facoltà, non può certamente ravvisarsi l'inerzia, su cui principalmente si fonda l'istituto della perenzione.

D'altronde, giova pure osservare che col ricorso la lite continua, e sarebbe incivile l'ammettere che, mentre s'attende il responso della Suprema Autorità Giudiziaria, il procedimento possa presumersi abbandonato.

Che dai ricorrenti si propose anche la questione della perenzione del pignoramento, ma la Corte di merito, pure avendo osservato che il termine di 90 giorni, stabilito per tale perenzione, rimase sospeso dall'opposizione del debitore Sauli-Visconti e dalle domande in separazione, non credette di risolvere la questione stessa, ed invece si limitò a risolvere la sola questione della perenzione del giudizio di appello, e non per questo può dirsi fondata la censura che all'uopo le si fa, perchè della perenzione del pignoramento si sarebbe dovuto necessariamente discutere solo nel caso che si fosse proseguita l'esecuzione; che anzi la questione stessa avrebbe dovuto formare oggetto di un separato giudizio e non di una semplice domanda in sede di appello.

Per questi motivi, ecc.

---

(1) Questa decisione rappresenta un cambiamento di giurisprudenza, pel quale il nostro Supremo Collegio merita elogio. Recentemente anche la Cassazione di Torino (dec. 21 aprile 1906, *Giur. ital.*, 1906, 1, 1, 873) ebbe a rifuggire dal vecchio insegnamento della Cassazione romana, attestatoci dalla decisione 4 aprile 1899 (*id.* 1899, 1, 1, 421).

Veggansi anche l'A. Genova 27 aprile 1905, *Giur. ital.*, 1905, 1, 2, 343, la Cass. Napoli 24 novembre 1884, *Foro ital.*, 1885, 1, 138, e il MORTARA, in *Digesto italiano*, voce *Appello civile* n. 1464, in *Manuale della proc. civ.*, vol. II, IV ediz., n. 764, e nel *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. III, n. 716.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 dicembre 1906, n. 859

Pagano, *Pres.* — Corbo, *Est.*

Panunzio (avv. *G. Arcoleo*) contro Bruno (avvocato *L. Di Domenico*).

Se la dote militare è costituita da un mutuo fruttifero, garentito ipotecariamente, la questione che il contratto di mutuo è simulato per ciò che riguarda l'intera somma mutuata non è di competenza del Tribunale Supremo di Guerra e Marina, che vigila solo sull'idoneità, validità e integrità di una dote militare, ma rientra nella competenza dell'autorità giudiziaria (1).

La Corte *a Sezioni unite*, ecc. — In punto di dote militare la legge 24 dicembre 1896 numero 554 contiene nell'art. 7 questa disposizione: « La idoneità e la validità della costituzione della rendita, di cui agli art. 2 e 3, sono dichiarate dal Tribunale Supremo di Guerra e Marina, sopra ricorso dell'ufficiale, sentito l'avv. generale militare. Lo stesso Tribunale è competente a conoscere della sostituzione di altra garenzia a quella primitiva e a dichiarare la libera disponibilità della rendita a norma dell'art. 6. Per ogni altro provvedimento sono competenti i Tribunali ordinari. »

Per effetto di tale disposizione legislativa è indubitato che, per quanto concerne la idoneità e la validità di una dote militare, la sua sostituzione al primitivo cespite e la sua disponibilità per le mutate condizioni che ne resero necessaria la sostituzione, la competenza si appartiene esclusivamente al Tribunale Supremo di Guerra e Marina.

Ma nel caso concreto non si tratta di conseguire alcuno di cotesti provvedimenti, poichè Leonardo Bruno alla domanda dei coniugi Panunzio e Bruno di risoluzione del contratto e di restituzione delle lire 40 mila, che provenienti dal mutuo fruttifero furono successivamente dagli stessi coniugi vincolate per costituire la rendita occorrente per la dote militare, oppose la simulazione del contratto per quanto riguardava l'intera somma mutuata, sostenendo che la medesima doveva essere ridotta a sole lire 15 mila, come in realtà le parti avevano concordato con un'analoga controscrittura.

Or se tale disputa è del tutto estranea alla materia, che secondo il sopratrascritto articolo della legge 24 dicembre 1896 è attribuita alla competenza del Tribunale Supremo di Guerra e Marina, ne consegue che la relativa risoluzione rientra necessariamente nell'orbita della giurisdizione ordinaria.

Che se poi la decisione giudiziale, riverberandosi sulla costituzione della rendita vincolata come dote militare, porterà la conseguenza di una diminuzione nell'ammontare della rendita stessa, allora sarà il caso di ricorrere alla detta giurisdizione speciale per invocare la sostituzione di altra garanzia alla primitiva, ovvero per ottenere altro opportuno provvedimento.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

13 dicembre 1906, n. 862

Pagano, *Pres.* — Riccobono, *Est.*

Girelli (avv. *F. Savarese*) contro Consorzio Idraulico Vallecola S. Giovanni dell'Agro Romano (avv. *E. Iachini*).

L'eccezione d'incompetenza dell'autorità giudiziaria è improponibile nel giudizio di cassazione, se tale eccezione già sia stata rigettata e la relativa pronunzia abbia fatto passaggio in cosa giudicata (1).

La Corte *a Sezioni unite* ecc. — Attesochè all'udienza della Sezione civile 8 ottobre corrente anno il controricorrente Consorzio idraulico, come aveva fatto con un'allegazione a stampa, risollevò la eccezione d'incompetenza dell'autorità giudiziaria, donde il bisogno che su di essa giudichi il Supremo Collegio a Sezioni unite;

(1) La fervida fantasia dei legali ne scova sempre delle belle, e talvolta i magistrati debbono aver la pazienza dei certosini, nel perder tempo a scrivere sentenze su controversie grulle come quella che ha dato luogo alla decisione che pubblichiamo sol per la sua novità.

(1) Conformemente decise lo stesso supremo Collegio con sentenza 2 ottobre 1905, est. GIORDANI, in questa Raccolta, 1905, pag. 529, con nota illustrativa. Cfr. anche Cass. Roma 5 giugno 1906, *Giur. ital.* 1906, 1, 582.

Contemporaneamente a questa, che pubblichia-

Attesochè cotesta eccezione, già dedotta dal Consorzio nei giudizi di primo e secondo grado, venne respinta dal Tribunale e dalla Corte di appello, che contemporaneamente passarono alla definizione del merito della controversia;

Che la sentenza della Corte d'appello di Roma fu notificata ad istanza dello stesso Consorzio il 19 gennaio 1906, e successivamente trascorsero i novanta giorni senza che esso abbia impugnato la detta sentenza per il pronunziato rigetto della eccezione d'incompetenza;

Che inoltre esso Consorzio, in termine utile, presentò controricorso, col quale difese la detta sentenza nella pronunzia in merito sulla lite contro i mezzi di gravame dedotti col ricorso dei signori Girelli;

Che, pertanto, la surriferita sentenza, nel capo relativo al rigetto della eccezione d'incompetenza, non impugnata nel termine dalla legge prescritto, passò in giudicato come ogni altra pronunzia, contro cui non si sia nel termine utile, proposto il rimedio della cassazione, ciò che ora costituisce un ostacolo a che possa il Consorzio venir risollevando la questione d'incompetenza dell'autorità giudiziaria;

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

31 dicembre 1906 n. 951

Pugliese. *Pres.* — Cannas. *Est.*

Comune di Budrio (avv. *C. Boiardi*) contro Ricci (avv. *T. Caratti*).

La legge 12 febbraio 1903 sui maestri elementari è legge innovativa, e non interpretativa, di fronte all'anteriore legge 11 aprile 1886; e quindi ai maestri che godevano prima della nuova legge uno stipendio superiore al minimo legale non è dovuto lo stipendio coll'aumento dei decimi per i sessenni maturati sotto la legge vecchia (1).

La Corte, ecc. — Giustamente col secondo mezzo di annullamento il Comune di Budrio lamenta l'errata applicazione dell'art. 10 della legge 19 febbraio 1903.

La legge 11 aprile 1886 volle garentire ai maestri un minimo di stipendio, più l'aumento sessennale. Nessun aggravio ai Comuni che solleciti della istruzione popolare retribuivano volontariamente i maestri con mercedi superiori ai minimi stabiliti; sono in questo senso lo scopo, la parola della legge, i lavori preparatori. All'art. 103 del regolamento 9 ottobre 1895 non può (giustamente rileva la sentenza del Tribunale di Bologna) attribuirsi significato o virtù di derogare alla legge.

Lo stipendio del maestro era nel 1886 di lire 760, sensibilmente superiore al minimo di lire 750. Scaduto il primo sessennio, fu chiesto, non come un diritto, ma come una concessione, l'aumento che fu consentito in cifra superiore al decimo sul minimo, e lo stipendio fu dal 1. gennaio 1893 portato a lire mille e quarantacinque (L. 1045). Allo spirare del secondo sessennio, stante la eccedenza di tale stipendio sul minimo stabilito, non era dovuto e non fu dato alcun aumento. Allo spirare del terzo sessennio fu concesso il decimo e lo stipendio fu portato a lire mille cento-

---

mo, la Cassazione romana emanò tra le stesse parti un'altra sentenza (n. 863, pure estesa dal cons. RICCOBONO), la quale può leggersi nella *Temi* (anno 1907, 220) con le seguenti massime:

« I Consorzi idraulici dell'Agro Romano, come enti derivanti da associazioni rese obbligatorie dall'autorità amministrativa pel raggiungimento di intenti d'interesse generale e con funzioni sottoposte al controllo dell'autorità amministrativa, partecipano del carattere della pubblica amministrazione. Il proprietario di un fondo sottoposto a servitù di acquedotto, ove questa servitù sia stata indebitamente aggravata, non deve già rivolgere l'azione dei danni nascente dall'art. 646 Codice civile contro il Consorzio istituito per la manutenzione della chiavica dell'acquedotto, ma soltanto contro il proprietario del fondo dominante ».

— Sui Consorzi idraulici e sulla loro natura vegansi PORRINI, *I consorzi amministrativi di opere pubbliche*, CHIRONI, *Sulla entità dei consorzi di bonifica*, in *Foro ital.*, 1892, 1, 580, e ARMANI, in *Temi veneta*, 1895, 220.

(1) La sentenza cassata può leggersi nella *Temi*, anno 1906, pag. 435: è dell'A. Bologna ed ha la data 8 maggio 1906, est. TOGNOLI.

Dell'identica questione si hanno notevoli traccie nella nostra Raccolta. Veggansi, ad esempio, a pagina 30 dell'annata 1904 la conforme sentenza 23 settembre 1904 del Tribunale civile di Roma, est. PILOTTI, e a pag. 501 dell'annata stessa la decisione, contraria, dell'A. Roma 19 luglio 1904, est. BONELLI, confermata dal Supremo Collegio romano il 21 agosto 1905 con decisione inserita nell'annata del 1905, pagina 493.

venti in seguito alla legge 19 febbraio 1903 che impose (art. 20) l'aumento del decimo sessennale, sia qualunque lo stipendio effettivo.

La Corte di Bologna esaminò la questione, se questa legge abbia carattere interpretativo.

A tale disamina non ostava (come a torto si enuncia col secondo mezzo) l'acquiescenza del Ricci alla sentenza del Tribunale, che aveva attribuito alla legge carattere innovativo, negando gli arretrati. Tale acquiescenza significa limitazione delle pretese, prima avanzate, ma non suona rinunzia, mai presunta, ai mezzi che potessero concorrere a sorreggere le dimande in tal modo limitate. L'interpretazione delle leggi d'altronde è sempre libera, nè è concentito alle parti di circoscrivere, colle loro acquiescenze, al magistrato di appello i criteri per intendere rettamente una disposizione alla quale rimane avvinta la risoluzione dei punti tuttora controversi.

La Corte di merito non nasconde la sua predilezione per la tesi affermante il carattere interpretativo della nuova legge. Non adagia, però, su di essa le sue statuizioni. Segue invece e fa propri i ragionamenti del Tribunale, il quale, pur affermando il carattere innovativo della legge, e che conseguentemente non può spiegare effetto se non dal giorno della sua attuazione, ritiene che non le si possa negare efficacia in rapporto alla determinazione dello stipendio, il quale dovrebbesi rettificare in modo che comprenda gli aumenti sessennali non conseguiti per l'assorbimento.

Se ben la si consideri, anche questa è, per quanto attenuata e larvata, una forma di retroattività che il proposito palese del legislatore di fare un passo innanzi nei miglioramenti a pro dei maestri non vale a giustificare.

Si fa infatti rivivere, benchè non a tutti gli effetti logicamente inerenti, il diritto ai sessenni, che in applicazione della legge prima vigente andarono assorbiti, cioè compensati con le mercedi date spontaneamente dai Comuni in misura superiore ai minimi dovuti per legge. E la interpretazione dei giudici di Bologna, cui non è agevole trovare, e non fu trovata, una base giuridica, graverebbe, non sui Comuni, i quali, con le loro lesinerie verso una classe benemerita avevano reso necessario l'intervento del legislatore per la fissazione dei minimi, e dell'aumento sessennale su quei minimi, ma sui Comuni, che avevano fissato stipendi e miglioramenti al disopra di quei minimi. Or non è giusto, e la legge non disse e non volle, che proprio su questi pesino in modo più accentuato le nuove misure, e che s'imponga loro di elevare d'un tratto gli stipendi dei loro maestri nella cifra risultante dal cumulo di più sessenni.

E bene qui rilevare che la legge dell'aprile 1886 e quella del marzo 1903, benchè dirette entrambe a favorire le condizioni dei maestri, hanno ciascuna finalità propria anche nelle disposizioni relative ai sessenni. Volle la prima venire in aiuto dei paria dell'istruzione, di quelli tra i maestri che, costretti a subire l'arbitrio di parecchi municipi (non tutti fortunatamente) poco teneri dell'istruzione e degli insegnanti; fissò per gli stipendi un modesto minimo, e su quel minimo garentì l'aumento sessennale. La seconda mirò più specialmente alle migliori energie educative, allettate ed attratte dai Comuni con stipendi, anche iniziali, meglio confacenti all'opera richiesta, e con altri vantaggi, ed anche ad essi volle garantito l'aumento sessennale. La diversa finalità esclude che delle due leggi l'una sia la interpretazione dell'altra.

Considerazioni di alto interesse sociale possono, in dati casi, giustificare le leggi interpretative, applicabili retroattivamente ai fatti seguiti, imperante la legge interpretata. Si tenga presente, per altro, che il legislatore può bensì, ma non deve presumersi voglia discostarsi dalla norma di ragion comune «la legge non dispone che per l'avvenire » (da lui consacrata coll'art. 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile) e dall'ossequio dovuto al principio della divisione dei poteri, che ha fatto cadere l'antico: *Eius est legem interpretari, cuius est condere.*

Lo scopo, pertanto, di togliere ambiguità al diritto vigente e di volere prontamente secondata una delle correnti determinatesi nello interpretarlo non basta, anche se manifestato da chi in governo rappresentativo prese parte alla compilazione e discussione della nuova legge, a conferire a questa la qualifica eccezionale di legge interpretativa.

Eliminata tale qualifica, la legge 19 febbraio 1903 non può prestarsi, per le ragioni svolte superiormente, alla applicazione che di essa fecero il Tribunale e la Corte di Bologna e che portò ad attribuire al Ricci in tredici mesi l'aumento di due sessenni.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

18 gennaio 1907, n. 23

Pagano, *Pres.* — Natale, *Est.*

Todini (avv. *P. Auletta*) contro Serafini (avvocato *D. Dialti*).

La domanda in riconvenzione può proporsi con comparsa conclusionale soltanto quando la medesima e quella principale dipendano dallo stesso titolo dedotto in giudizio dall'attore o presentato dal convenuto per distruggere od attenuare gli effetti della domanda principale (1).

La Corte, ecc. — Col primo mezzo del ricorso giustamente si duole il Todini di essersi ammessa in rito la domanda riconvenzionale, contro di lui proposta con comparsa conclusionale e non con citazione, ai sensi degli articoli 37, 100, 134, 162 cod. proc. civile. La regola è che ogni domanda deve esser proposta con atto di citazione, contenente, tra l'altro, un discreto termine per apparecchiare la difesa, e che le comparse servono principalmente per l'istruzione della causa e per la riassunzione delle ragioni sulle quali si fondano le azioni o le eccezioni.

Non basta che vi sia similarità tra la domanda principale e la domanda riconvenzionale, per proporre quest'ultima in forma di comparsa difensiva; ma occorre che l'una e l'altra dipendano dallo stesso titolo dedotto in giudizio dall'attore, o presentato dal convenuto per distruggere o attenuare gli effetti della domanda principale. Quando si allega, come nella specie, la sola violazione reciproca della stessa disposizione di legge, non si hanno gli estremi della riconvenzione, ma bensì quelli di una mutua azione, da sperimentarsi con citazione, perchè il fatto dell'uno non distrugge od attenua il fatto dell'altro.

———

(1) Vedasi in argomento la nota che noi abbiamo apposta alla decisione 10 giugno 1905 della stessa Cass. Roma, in questa Raccolta, anno 1905, pag. 387. Cfr. pure A. Palermo 2 maggio 1904, *Foro siciliano*, annata del 1904, pagina 590.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

18 gennaio 1907, n. 24

Caselli, *Pres.* — Setti, *Est.*

Esattoria comunale di Roma (avv. *G. Donati*) contro Tomasi (avv. *G. Amici*).

L'esattore è responsabile dei danni arrecati dal suo messo con atti illegali di esecuzione, così come è responsabile l'appaltatore dei dazi pel fatto de' suoi agenti ed il privato pel fatto delle guardie campestri che egli scelga a tutela della sua proprietà (1).

La Corte, ecc. — Si sostiene dalla Esattoria ricorrente che un esattore non può essere responsabile delle illegalità commesse dal messo esattoriale nel procedere all'esecuzione privilegiata.

Questo assunto non è sostenibile.

Prima di tutto è bene rilevare come da tutta la legge sulla riscossione delle imposte dirette emerga il concetto fondamentale che l'esattore è sempre responsabile di quanto egli compia come esattore o per mezzo delle persone che da lui dipendono. Ciò rilevasi specialmente dall'art. 10 e dall'art. 22, in cui è detto che de' suoi collettori egli è in tutto responsabile, dall'art. 60 in cui si dispone che egli può farsi persino rappresentare dal messo davanti al pretore, anche senza bisogno di procura, dall'art. 72 e dall'art. 73, in cui si dà diritto alle parti che si credessero lese dagli atti esecutivi dell'esattore (e quindi delle persone che da lui dipendono per le riscossioni e le esecuzioni) di rivolgersi all'autorità giudiziaria per il risarcimento dei danni e delle spese, dall'art. 91 in cui si stabilisce che stanno a suo carico le spese del personale, ecc., dallo art. 45 del regolamento relativo alla legge stessa, in cui è detto che i messi dipendono dall'esattore, dallo art. 17 dei capitoli normali, ecc. Di più rilevasi dalla discussione parlamentare avvenuta sulla legge in parola come si fosse ben voluto determinare la responsabilità dell'esattore per l'operato illegale del messo.

———

(1) Noi siamo lieti di questa decisione, chè approvammo l'avviso conformemente espresso nella controversia dallo studioso nostro collega avvocato LO RE, estensore della sentenza di primo grado 4 dicembre 1905, inserita in questa Raccolta,

Infatti all'articolo riflettente la nomina dei messi si voleva aggiungere una dichiarazione espressa di responsabilità dell'esattore nel caso di irregolarità o di omissioni commesse dal messo. Ma il relatore della legge fece osservare che tale responsabilità era sottintesa in ogni caso ai termini della legge civile e che, trattandosi di reati veri, avrebbe provveduto il codice penale. Ora, l'essere il reato previsto dal codice penale non toglieva che l'esattore potesse sfuggire alla responsabilità indiretta sancita dal codice civile; chè anzi tale responsabilità venne in quell'occasione proclamata, ribadendosi il concetto che il messo altro non era che un mandatario, un incaricato dell'esattore, onde l'emendamento proposto non venne accettato per non rendere la legge confusa e per non scrivervi disposizioni inutili.

Se non che si contesta che l'esattore nomini esso i messi di cui per legge si deve servire. Ora basta leggere gli art. 43, 44, 45 del regolamento per rispondere a questa obbiezione. In essi è detto che « l'esattore nomina uno o più messi » — che « i messi nominati dagli esattori si approvano dalla giunta comunale o rappresentanza consorziale e si autorizzano dal procuratore del re » — che « il messo dipende dall'esattore... e l'esattore può sempre revocare la nomina », ecc.

Che, se occorrono le formalità dell'approvazione e dell'autorizzazione, tali formalità stanno a significare l'adempimento del dovere che Comune, Consorzio e Stato hanno di garantire nel modo migliore la riscossione delle imposte: stanno a provare la importanza che si è voluto dare al messo, se lo si deve rivestire di facoltà tanto importanti nella esecuzione della legge: stanno a garantire i terzi che le persone nominate dall'esattore e da considerarsi quali pubblici ufficiali offrano le qualità degne dell'ufficio e adatte alle funzioni cui sono preposte. Ed è perciò che col recente regio decreto del 2 novembre 1902 si è voluto anche accrescere codeste garanzie prescrivendo norme speciali per conseguire la abilitazione alle funzioni di messo esattoriale, lasciando, si intende, sempre agli esattori la facoltà di scegliere fra gli abilitati coloro in cui essi ripongono maggiore fiducia, dovendo rispondere dei loro atti, come rispondono di quelli dei collettori (art. 22 della legge) che essi scelgono fra un determinato ordine di persone (art. 14 e 22 della legge).

Nè vale il dire che l'art. 45 del regolamento autorizza un'interpretazione contraria. In esso è detto che le intimazioni e gli atti esecutivi fatti dai messi *non autorizzati* sono nulli e l'esattore che li abbia ordinati risponde dei danni e delle spese verso coloro che ne furono passivi. Da ciò si vorrebbe argomentare che *inclusio unius est esclusio alterius*, e cioè che se il messo è autorizzato, allora egli, e non l'esattore dovrà rispondere. Ma l'errore è evidente. La legge ha previsto il caso che un esattore ordini atti esecutivi a messi non autorizzati, e ha detto che essi saranno nulli, e che se origineranno da essi danni e spese, di quelli e di queste dovrà rispondere l'esattore. Con ciò non ha fatto che accrescere di una le varie nullità che il codice di rito sanziona nei procedimenti esecutivi e ha voluto comminare una pena a colui che è in colpa veramente, cioè l'esattore, che si è servito contro la volontà della legge di un messo non autorizzato, ordinandogli atti d'intimazione o di esecuzione non regolari. Ma con ciò non si è risolto il quesito della responsabilità indiretta dell'esattore nel caso in cui il messo autorizzato commetta gli atti stessi contro legge, abusando comunque del suo ministero o violando le disposizioni legislative. Non è lecito da un inciso inserto fra molti altri in un articolo (45) che è composto di cinque parti dedurre che si sia voluto nientemeno che sovvertire tutte le norme che il codice civile sanziona in materia di delitti e quasi delitti (art. 1151 e seguenti) e derogare ad esse. E se così è, ne consegue che:

a) se l'esattore si è servito di un messo non

1906, pag. 45, ed accompagnata con richiami.

Il pronunziato del Tribunale civile di Roma nella medesima causa è rimasto inedito.

L'ultima sentenza che conosciamo sull'argomento è quella della Sezione di accusa presso la Corte di appello di Trani, in data 15 marzo 1906, *Foro Puglie*, 1906, 134, con nota adesiva di E. CARBONE, che ripete (sia detto con tutta sincerità) i soliti luoghi comuni, messi bene a nudo dalla decisione che commentiamo.

Per la responsabilità indiretta dell'appaltatore dei dazi veggasi nell'identico senso la Cass. pen. 12 luglio 1906, *Giust. pen.*, 1906, 1694. Si cfr. anche A. Bologna 27 luglio 1906, *Temi*, 1906, 788.

autorizzato egli risponde per lui se ha ordinati gli atti dal messo compiuti:

b, se non li ha ordinati, ne risponderà il messo;

c se il messo fu invece autorizzato legalmente e competentemente, allora bisogna distinguere: o il messo ha proceduto ad atti esecutivi senza ordine dell'esattore e in questo caso l'esattore non assume responsabilità; o l'ordine vi fu e in questo caso si delineano due altre ipotesi: o l'esattore diede l'ordine di procedere ad atti esecutivi violando anche le norme di rito e il codice penale, e la sua responsabilità e penale e civile è fuori di discussione; oppure diede quell'ordine intendendo, o sottintendendo, che le norme rituali fossero rispettate, e in tal caso non assumerà che la responsabilità civile indiretta nell'evento che il messo agisca di volontà propria contro le prescrizioni della legge, e ciò per le disposizioni della legge speciale (art. 73) e del codice civile (art. 1151 e seguenti).

Con ciò resta risposto anche all'obbietto formulato dal ricorrente, timoroso che con siffatta teorica si vengano ad addossare all'esattore tutte le responsabilità che può incontrare il messo suo.

Se trattasi di reati commessi da costui, varranno i principii della individualità del reato e quelli, in caso, riguardanti le persone civilmente responsabili (art. 1, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 e 549 e seguenti del cod. di procedura penale); o si tratta di delitti o quasi-delitti secondo il codice civile (art. 1151 e seguenti), e allora varranno le norme in detta legge sancite.

Del resto la risoluzione della tesi, che presenta alla Corte suprema il ricorrente, è data, come si è detto, dall'art. 73 della legge sulla riscossione delle imposte dirette. In esso è stabilito che « alle parti che si ritenessero lese dagli atti esecutivi dell'esattore, è aperto l'adito a provvedersi davanti all'autorità giudiziaria contro l'esattore, al solo effetto di ottenere il risarcimento dei danni e delle spese ». E poichè l'esattore nel procedere ad atti esecutivi si deve servire di messi autorizzati, ma da lui scelti e nominati, così ne consegue che per disposto di legge egli deve rispondere di tutte le irregolarità e violazioni di legge che il messo commetta nell'esercizio delle funzioni designategli dalla legge e dall'esattore stesso.

Vero è che anche per questa disposizione così chiara si son venute formulando delle distinzioni, e si è sostenuto che essa riguarda solo le irregolarità commesse dal messo esattoriale nell'orbita amministrativa, mentre quelle che rivestono carattere di reati soggiaciono alle sanzioni del cod. penale.

Ma la distinzione è arbitraria perchè non è nella legge! Per i fatti irregolari nell'orbita amministrativa provvede l'art. 72 della legge speciale citata e la competenza a giudicare di essi è sottratta all'autorità giudiziaria. Per quelli invece che si attengono all'esecuzione vige l'art. 73, che determina la responsabilità dell'esattore che a quegli atti deve sempre addivenire per mezzo del suo messo autorizzato.

E del resto, se si trattasse di reati, le norme sopra ricordate riguardanti le persone che le leggi rendono civilmente responsabili eliminerebbero ogni dubbio. Ma poi nel caso in esame non può parlarsi di reato commesso dal Mardegan Isidoro, messo esattoriale, imperocchè non vi fu e non vi è alcun procedimento penale a carico del medesimo, giusta quanto afferma lo stesso procuratore del Re nel certificato rilasciato all'esattore e da costui prodotto.

E allora se il messo deve essere considerato come un mandatario o un commesso dell'esattore, la responsabilità, di cui questi si rende passibile per colpa di lui, è quella sancita dall'art. 1153 codice civile e 73 della legge speciale.

Ma a questo proposito il ricorrente solleva diversi obbietti. Egli sostiene che non può equipararsi il messo ad un commesso o preposto:

a) perchè egli è ritenuto pubblico ufficiale (parificato a un ufficiale giudiziario), il quale, se riceve dall'esattore l'ordine di procedere, nel porlo ad esecuzione prende norma soltanto dalla legge;

b) perchè non può dirsi libera la scelta del messo da parte dell'esattore a cagione delle autorizzazioni cui deve sottostare e della classe delle persone (*abilitati*) in cui deve fare la scelta.

Devesi però rilevare che dalla parificazione dei messi agli ufficiali giudiziari risulta solo che quelli nel compiere le operazioni relative alle intimazioni e alle esecuzioni per conto dell'esattore hanno le stesse facoltà e garanzie di questi; ma non ne risulta parimenti che ad essi sia delegata dall'esattore una facoltà tale che elimini o il rapporto di causalità o

quello di commissione o di mandato, o quello di obbligazione in genere.

La esattoria non può paragonarsi a privato che per addivenire ad atti esecutivi contro un terzo si serva di un ufficiale giudiziario (usciere) e che del male operato di costui non potrebbe mai venir dichiarato responsabile. Il privato è costretto a servirsi di siffatti ufficiali che lo Stato gli offre dopo averli nominati e rivestiti di speciali funzioni. Ma l'esattore non è nelle identiche conizioni. Egli sarà costretto a servirsi dei messi per l'esercizio da lui assunto, ma tali messi sono da lui scelti e da lui nominati, come si è visto più sopra, e solo perchè debbono servire anche agli interessi di enti pubblici, così se ne è circonda ta la nomina di formalità nel comune interesse.

Che anzi coll'essersi richiesto per coloro che possono venire nominati messi delle speciali abilitazioni (regio decreto 9 novembre 1902, n. 489) si è voluto appunto dare agli esattori maggiori garanzie onde la loro scelta offra minori pericoli nei riguardi di quella responsabilità che vanno ad assumere e che l'articolo 73 sopra citato chiaramente designa e sanziona.

E sia pure che il procedimento per gli atti affidati al messo sia additato dalla legge e non dall'esattore. Ma ciò non toglie che egli non debba rispondere della scelta di una persona che non sa o che non vuole uniformarsi alla legge e battere la via che il codice di procedura o le leggi speciali gli insegnano.

Nè ad escludere tale responsabilità può valere il riflesso che l'esattore compia una pubblica funzione, quella della riscossione delle imposte, e che perciò i suoi rapporti col messo non debbano andar giudicati alla stregua di quelli che corrono fra privato e privato.

Se pubblica è la funzione dell'esattore, ciò non toglie che nei suoi rapporti coi Comuni, colle Provincie e con lo Stato non agisca nel suo privato interesse, essendo retribuito ad aggio (art. 3 e 76 legge speciale). Egli quindi va equiparato ad un appaltatore qualsiasi che incontra responsabilità pel fatto dei suoi messi, allo stesso modo con cui fu sempre ritenuto responsabile, ad esempio, l'appaltatore dei dazi pel fatto dei suoi agenti, come del resto, in altro campo, assume responsabilità il privato che volendo valersi di guardie campestri o di altri simili agenti deve pur sottostare a tutte le formalità con le quali le leggi relative ne vogliono circondata la nomina, subordinandola a riconoscimenti e ad autorizzazioni.

Nè può disconoscersi che nel caso concreto non si fosse in tema di atti esecutivi, imperocchè trattavasi di pignoramento di mobili (art. 593 cod. proc. civ. e 33 della legge sulle riscossioni), e non fu che in conseguenza di siffatto pignoramento, compiutosi dal messo contro le norme procedurali, che ne derivò la denunzia per pretesa sottrazione degli oggetti pignorati e la assoluzione della presunta colpevole.

La legge di causalità non potrebbe avere una maggiore precisa applicazione.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

30 gennaio 1907 n. 62

Basile *Pres.* — Pianigiani *Est.*

Nevi (avv. *F. Nevi* e *G. Jermini*) contro Castiglioni (avv. *C. Baudana-Vaccolini*).

Per poter mettere ad esecuzione una sentenza di condanna occorre la previa notificazione della medesima alla residenza del debitore (1).

Lo stesso deve aver luogo per l'ordinanza di tassa che liquida le spese, di cui in detta sentenza (2).

---

(1) Negli stessi termini si era già espresso il nostro Supremo Collegio con le decisioni 30 dicembre 1886, *Legge* 1887, 1, 329, 5 novembre 1894 e 3 luglio 1899, *Foro ital.*, 1894, 1, 1297 e 1899 1, 962, questa ultima decisione resa su conclusioni conformi del Procuratore generale QUARTA.

(2) Con questa massima resta sconfessata l'altra di cui alla sentenza della stessa Corte in data 16 giugno 1906, est. LAGO, inserita in questa Raccolta, annata del 1906, pag. 353, con nota critica.

Il cons. Germano, decoro della Corte di appello fiorentina, ebbe già a criticare vivacemente cotesta sentenza 16 giugno 1906 nel suo scritto: *L'esecutorietà delle tassazioni di spese giudiziali*, in *Legge*, 1906, 2265-2270.

E certo, giuridicamente parlando, l'avviso odierno del Supremo Collegio di Roma è di gran lunga preferibile all'avviso anteriore.

La Corte, ecc. — Considera che il Tribunale di Perugia correttamente giudicò affermando che per procedere alla esecuzione in forza di una sentenza occorreva la previa notificazione della medesima al domicilio reale del debitore, perocchè l'art. 562 del cod. proc. civ. chiaramente disponga che la esecuzione forzata debba essere preceduta dalla notificazione del titolo esecutivo (che nella specie, giusta l'art. 554, era la sentenza con relativo decreto di tassazione delle spese) nelle forme stabilite dal precedente art. 368, cioè alla maniera dell'atto di citazione, che è quanto dire alla persona del debitore (art. 135 e 139 proc. civ.), con la comminazione d'incorrere nella nullità stabilita dall'art. 145 n. 3 dello stesso codice.

Che del resto è oggimai nota la differenza fra la notificazione diretta a far passare in giudicato una sentenza con la decorrenza dei termini per impugnarla (cui provvede l'articolo 367) da quella che tende alla esecuzione del giudicato, che è disciplinata dalle combinate disposizioni degli art. 135 e seg., 368 e 562; e questa differenza è l'effetto della diversità, che passa fra il giudizio di cognizione, che si chiude con la sentenza, che canonizza il diritto, e quello di esecuzione, che incomincia quando il primo è compiuto, quando, cioè, il creditore, rivolgendosi direttamente al debitore (come pur dice l'art. 562), porta a sua immediata conoscenza il titolo che vuolsi eseguire. La elezione di domicilio fatta presso il procuratore, che rappresentava il debitore nel giudizio di merito, vien meno con l'esaurirsi del giudizio stesso.

La notificazione di cui all'art. 367, mirando a far decorrere il termine per impugnare la sentenza, era conveniente fosse eseguita presso il procuratore legale, che meglio della parte conosce la procedura e più prontamente può provvedere, nell'angustia dei termini, alla difesa ed ai rimedi: ma la notificazione di cui all'art. 562, mirando a iniziare la esecuzione (che è veramente l'effetto *massimo* dell'azione del creditore) sul patrimonio del debitore, che senza il concorso del procuratore può provvedere all'arresto degli atti, uniformandosi alla sentenza del giudice, ciò non era convenjente. E di vero, l'art. 562 parla di notificazione di *sentenza* insieme al *precetto*, e per menar buona la opinione del ricorrente, bisognerebbe scinderli, a meno di ricorrere all'estremo di ritener valida la notificazione al procuratore anche del secondo, lo che nessuno tenta di sostenere.

Considera che non è corretto sostenere che l'articolo 562 si riferisce di preferenza agli atti *contrattuali* spediti in forma *esecutiva* più che alle sentenze, perchè esso parla in genere di tutti *gli atti esecutivi*, mentre l'articolo 367 riguarda soltanto la sentenza e le ordinanze, e non gli atti contrattuali, e quindi non può riferirsi alla notificazione che la legge richiede per tutti i titoli esecutivi.

E d'altronde l'art. 562, contemplando anche i titoli formati da atti notarili, non poteva per questi riferirsi a domicilii eletti in giudizio.

Considera che altro argomento contro la tesi del ricorrente fornisce l'art. 666, che disponendo l'obbligo di notificare la sentenza di autorizzazione a vendere, e mirando con ciò esclusivamente agli effetti dell'appello, del quale è giudice più competente il procuratore della parte, richiama espressamente per la forma di tale notificazione l'art. 367, lo che avrebbe fatto indubbiamente anche per la notificazione dell'atto esecutivo, qualora lo avesse creduto opportuno e di vantaggio alla parte.

Considera che non vale al ricorrente obbiettare che l'art. 562 richiama implicitamente e necessariamente anche l'art. 367, che si riferisce al *luogo*, mentre il successivo 368 riguarda il *modo* e la *forma* della notificazione della sentenza considerata come atto del giudice di merito, per la quale impera l'art. 367, che parla della *persona* e *del luogo*, non già del *modo*: esso non vale per la notificazione degli atti esecutivi, in quanto l'articolo 562, disponendo che tale notificazione debba farsi al *debitore* nel modo e nelle forme dell'atto di citazione (art. 368), già dice abbastanza per la indicazione del *luogo*, che è fatta dall'art. 135 e seguenti della procedura.

Che neppur vale l'ultima obbiezione per la quale si sostiene la efficacia della notificazione del titolo esecutivo al domicilio eletto in base allo stesso art. 368 combinato col 135 e seg., perchè (come osserva il difensore del controricorrente), se la elezione avvenne nel contratto costitutivo della obbligazione, per cui si procede in *executivis*, per tutti gli effetti del contratto, è giusto che si applichi l'articolo 140 contenente eccezione alle regole stabilite dagli art. precedenti, ma allorchè così fatta elezione manchi, e si abbia invece, co-

me nella specie, una semplice elezione di domicilio presso un procuratore nel giudizio di cognizione, essa è limitata allo svolgimento del giudizio, e vien meno col cessare del medesimo.

Considera che, ritenuta necessaria la notificazione della sentenza al debitore nel modo che è stato sopra indicato, è inutile occuparsi della notificazione del decreto di tassazione che, essendo accessorio necessario della sentenza e complemento della medesima, ha insieme con essa virtù esecutiva e deve anche per la notificazione agli effetti esecutivi seguire la sorte del principale (art. 377 ult. cap. proc. civ.).

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

30 gennaio 1907 n. 67

Basile *Pres.* — Coletti *Est.*

Banca Cattolica di Macerata (avv. *A. Mariottini*) contro Cattabeni (avv *F. Gregoraci*).

La notifica di citazione o di altri atti relativi ad autorità giudiziaria, che non è quella residente nel Comune, dove tale notifica avviene, può esser fatta da qualunque ufficiale giudiziario residente nel Comune stesso (1).

Il sequestro conservativo non può confondersi col pignoramento; e quindi se, per la nuova legge sul concordato preventivo, può essere illegale il pignoramento, che è atto di esecuzione, contro colui che ha concluso un concordato e non l'adempie, non può esser tale il sequestro conservativo, che ha semplicemente scopo di cautela (2).

L'art. 106 cod. comm., secondo cui è vietato ai creditori di pretendere il pagamento dai soci in nome collettivo obbligati in solido, prima di avere esercitata l'azione contro la società, non esclude che possa procedersi frattanto ad un sequestro conservativo in odio di uno dei detti soci (3).

Per accordarsi il sequestro conservativo non è necessario dimostrare l'insolvibilità del debitore, e tanto meno che la detta insolvibilità dipende da colpa del debitore stesso (4).

La Corte, ecc. — Attesochè, in diritto, la eccezione d'inammissibilità non abbia fondamento e debba essere respinta.

Dispone l'art. 525 cod. proc. civ. che il ricorso deve essere notificato all'altra parte nelle forme delle citazioni, ma non dice quali degli ufficiali giudiziari deve procedere alla notificazione. Epperò occorre aver riguardo alle disposizioni in materia della legge sull'ordinamento giudiziario. Nell'art. 175 è prescritto che gli uscieri (ora ufficiali giudiziarii) delle Corti e dei Tribunali fanno esclusivamente gli atti proprii del loro ministero per gli affari di competenza della Corte e del Tribunale cui appartengono *nel Comune di loro residenza*, che quelli delle Preture esercitano le loro funzioni per gli affari di competenza della Pretura in tutto il mandamento, e che, salve le dette riserve, gli uni e gli altri ponno esercitare indistintamente gli atti proprii del loro ministero per tutta la circoscrizione territoriale della Corte, del Tribunale e della Pretura. Dalle quali disposizioni chiaro si evince il concetto della legge. Tutti gli atti demandati all'opera dell'usciere possono essere eseguiti per tutta la circoscrizione territoriale della Corte, del Tribunale e della Pretura, da qualunque degli uscieri addetti ad alcuna di

---

(1) Questa decisione fu richiamata già nella nota a pag. 63 della corrente annata di questa Raccolta Ormai presso il nostro Supremo Collegio si va formando su ciò un vero *jus receptum*.

(2) Non per l'identica questione, ma sempre a riguardo della legge sul concordato preventivo, la differenza tra il sequestro conservativo ed il pignoramento è ben fatta dall'avv. L. ZIINO TODARO nello scritto *Gli atti di sequestro nel concordato preventivo*, scritto riportato dalla *Riv. di diritto commerciale*, anno 1906, 1, 466-470.

(3) Cfr. A. COLOMBARI, *I creditori sociali non possono escutere i soci in nome collettivo prima di avere escusso l'ente collettivo* (*Mon. Trib.* 1892, 77). Cfr. anche C. VIVANTE, in *Mon. Trib.* 1889, 329, e A. SRAFFA, in *Giur. ital.*, 1892, 1, 828. In fondo anche in questo caso occorre tener presente ciò che la decisione che pubblichiamo dice a riguardo della massima anteriore, ossia che il sequestro conservativo non è atto di esecuzione.

(4) Ciò è tanto vero, che la stessa Corte di cassazione decise che il sequestro conservativo può concedersi anche a carico di persona avente un patrimonio immobiliare (decisione 15 gennaio 1906, inserita in questa Raccolta, annata del 1906, pagina 151, con nota illustrativa).

cotèste magistrature, *meno nel comune di loro residenza*, nel quale gli uscieri non possono procedere che per gli atti relativi agli affari di competenza della Corte, del Tribunale o della Pretura a cui appartengono. Di guisa che, se in dato Comune sede di Corte, di Tribunale e di Pretura debba procedersi ad atto demandato ad usciere, la esecuzione non può competentemente essere fatta che dall'usciere addètto rispettivamente alla Corte, al Tribunale ed alla Pretura, secondo che l'affare cui l'atto si riferisce è di competenza della Corte, del Tribunale o della Pretura. Ma se in quel Comune non vi è sede di Corte (di Cassazione, s'intende, o di appello) l'atto può essere medesimamente notificato tanto dall'usciere addetto alla Corte d'appello, quanto dagli altri addetti al Tribunale o alla Pretura. E venendo al caso concreto, il ricorso contro la sentenza della Corte di appello di Macerata fu notificato dall'ufficiale giudiziario addetto al Tribunale dello stesso sito. Poteva il ricorso essere notificato medesimamente dall'ufficiale addetto alla Corte, ma non v'è nullità e quindi non esiste la inammissibilità del ricorso se fu notificato dall'ufficiale giudiziario del Tribunale.

L'affare oggetto della notificazione era di competenza della Corte di Cassazione, ma l'atto fu e doveva essere notificato a Macerata, e non a Roma ove ha sede il magistrato competente per l'affare, e ove risiede l'ufficiale giudiziario che altrimenti avrebbe dovuto per legge procedere alla notificazione del ricorso.

La notificazione pertanto poteva essere affidata a qualunque degli ufficiali giudiziari della Corte, del Tribunale o della Pretura di Macerata, chiamati indistintamente a notificare l'atto, e ciò per la regola generale del secondo capoverso del citato articolo, non ricorrendo, come si è visto, le riserve della prima parte e del primo capoverso dell'articolo medesimo.

Attesochè, in merito, le prime due proposizioni della denunciata sentenza sono la conseguenza di una premessa errata, quella di confondere il sequestro conservativo, di cui è parola nell'art. 924 cod. proc. civ., con il pignoramento.

Eppure spiccata e caratteristica è la differenza tra l'uno e l'altro. Il sequestro è misura di conservazione ed ha l'oggetto di assicurare alle ragioni del creditore la cosa su cui cade, sottraendola alla disponibilità del debitore, ed è un provvedimento che sta da sè, è fine a sè stesso, indipendentemente dalla condanna per il credito e il pagamento. Invece il pignoramento ha per immediata conseguenza il soddisfacimento della obbligazione, non conserva nulla, ma apprende ed aliena all'effetto che il prezzo serva a soddisfare il creditore.

Attesochè la sentenza denunciata oltre a sconoscere la rilevata differenza, dominata dall'equivoco che sequestro e pignoramento fossero tutt'uno, ha tentato pur di farne la dimostrazione, affermando che il sequestro conservativo non è che una esecuzione anticipata per le testuali disposizioni degli art. 930, 936 e 937 cod. proc. civile, affermazione errata non sorretta dalle invocate disposizioni. L'articolo 930 non fa che rendere applicabili al sequestro le norme stabilite per il pignoramento in quanto al modo di procedervi, alle cose che possono formarne l'oggetto, alle misure di conservazione, al processo verbale ed alla vendita delle cose per le quali vi sia pericolo di deteriorazione. Ma è evidente che coteste norme estrinseche, proprie del pignoramento, da applicarsi al sequestro, non possano confondere i caratteri giuridici nella loro essenza dell'uno e dell'altro istituto, giacchè la forma in questo caso è ben altro della sostanza. L'art. 936 esclude, anzi, la teorica della sentenza, imperocchè se questo articolo dispone che, quando l'autorità giudiziaria che conferma il sequestro non sia competente a conoscere del credito, deve rimettere le parti avanti l'autorità competente per la decisione del merito, conferma che il sequestro è cosa sostanzialmente diversa dal pignoramento, una volta che il sequestro sussiste e può essere confermato indipendentemente dalla sentenza di condanna per il credito e dal pignoramento, il quale, essendo atto di esecuzione, non può giuridicamente sussistere se non vi è sentenza di condanna eseguibile, o altro titolo equivalente. La notifica al terzo della sentenza pronunziata sul sequestro eseguito nelle mani del terzo, prescritta dall'art. 937, e la citazione del terzo sequestratario, permessa dallo stesso articolo per la dichiarazione, dopo che il sequestro fu confermato, non sono che disposizioni conseguenti al sequestro, perchè la notifica della sentenza serve a render certa nel terzo la indisponibilità della cosa sequestrata, e la dichiarazione serve a constatare la esistenza effettiva della cosa presso il terzo sequestratario, ma nè l'una nè

l'altra imprimono, come la sentenza contro cui si ricorre mostra di credere, al sequestro, il carattere di pignoramento anticipato.

Attesochè dalla falsa premessa non potevano derivare che erronee conseguenze. Il divieto dell'art. 34 della legge 24 maggio 1903 sul concordato preventivo, male s'invocava contro il sequestro eseguito dalla Banca Cattolica e da Mobili Antonio. L'art. 34 non ammette risoluzione di concordato per suo inadempimento, ed ammette solo, nel caso di inadempimento in tutto od in parte, la domanda di dichiarazione di fallimento dopo però escussi i fideiussori ed esperimentate le altre garentie costituite.

Però l'articolo medesimo non preclude al creditore insoddisfatto di servirsi del mezzo cautatorio consentito nei casi espressamente provvisti dall'art. 927 cod. proc. civ., al quale nè *apertis verbis*, nè tacimente deroga l'articolo 34.

La Corte di merito invoca l'opinione del prof. Bolaffio, trascrivendo testualmente, nella prolissa sentenza, contro il disposto dell'art. 264 capov. del Reg. Generale giudiziario, i brani del suo commento alla legge sul concordato preventivo, e pare che la Corte modelli la sua decisione sulla opinione, certo rispettabile, del prof. Bolaffio. Ma la verità è che il prof. Bolaffio non dice quello che suppone la Corte. Il prof. Bolaffio spiega e commenta che il creditore concordatario può chiedere la dichiarazione di fallimento del debitore inadempiente allora soltanto che non ha ottenuto il pagamento integrale a mezzo delle garentie originarie, e con la escussione dei fideiussori e dei soci illimitatamente responsabili, nella ipotesi di società in nome collettivo, ma punto non dice che il creditore non può procurarsi un mezzo di assicurazione mediante il sequestro conservativo, che non è di esecuzione, ma semplicemente atto di cautela. Nè il prof. Bolaffio poteva ciò dire contro il testo dell'articolo 34, il quale, se deroga, per il concordato preventivo, alla regola della condizione risolutiva, non ammettendo la domanda di risoluzione di concordato per il suo inadempimento, e permette la dichiarazione di fallimento soltanto dopo escussi i fideiussori ed esperimentate le garanzie costituite, non divieta al creditore insoddisfatto di ricorrere al sequestro.

Attesochè non migliore argomento la Corte di appello poteva trarre dall'art. 106 cod. di comm. con cui è vietato ai creditori di pretendere il pagamento dai soci in nome collettivo obbligati in solido, prima di avere esercitata l'azione contro la società. Imperocchè, ricordato che il sequestro conservativo non è pignoramento, e che nella specie la Banca Cattolica di Macerata ed il Mobili non chiedono ad Emilio Cattabeni, uno dei soci della Società in nome collettivo Fratelli Cattabeni, la condanna al pagamento di alcuna somma, ma unicamente la convalida del sequestro del medagliere, atto di pura conservazione, il quale non pregiudica le mutue ragioni delle parti sull'azione per il credito, torna manifesto che il sequestro non poteva trovare ostacolo nell'art. 106 che non lo riguarda. A ragione pertanto la Banca ricorrente lamenta la violazione degli articoli menzionati nei mezzi primo e secondo del ricorso.

Attesochè la Corte di Macerata sia incorsa anche nella violazione lamentata col terzo mezzo, e segnatamente degli art. 924 e 517, numeri 2 e 3 cod. proc. civ. La Corte era chiamata a vedere se, ammesso il sequestro, concorrevano gli estremi di legge, e scrive nella sentenza d'essersi *convinta* in fatto che in concreto quegli estremi non ricorrevano. Certo che l'apprezzamento in fatto del magistrato di merito non può essere criticato dal Supremo Collegio che giudica solamente sul diritto, ma se il convincimento è conseguenza di una premessa antigiuridica, o dipende da erronea interpretazione della legge, allora lo apprezzamento può e deve meritare censura. Or, sebbene la Corte protesti che il convincimento è di fatto, tuttavia ben guardando si vede che la protesta vorrebbe essere il velame che nasconde una motivazione sbagliata, il che importa mancanza di motivazione, e tenderebbe a celare la falsa interpretazione dell'art. 924 cod. proc. civile. La Corte infatti, dopo aver rilevato che dell'inadempimento del concordato furono causa l'incendio che distrusse i mobili della Ditta, la ingordigia dei compratori che speculano sui bisogni e sulle sventure altrui, e le difficoltà di realizzare i crediti, nella quale condizione di cose i concordatari non ebbero colpa, ne deduce che non è provato il pericolo che i creditori perdano le garentie del credito, non avendo i creditori dimostrato l'asserita insolvibilità dei debitori.

Ora è argomento antigiuridico quello che, se non v'è colpa del debitore nello stato di seminsolvibilità, il sequestro possa mancare

della ragion d'essere, ed è argomento antigiuridico perchè il provvedimento del sequestro conservativo non è contro il debitore colpevole, ma è unicamente diretto a salvaguardare il diritto del creditore.

Pretendere, poi, la dimostrazione della insolvibilità del debitore è pretendere più di quanto prescrive l'art. 924, falsandone l'applicazione. L'art. 924 non richiede l'estremo della insolvibilità; richiede solo che il creditore abbia giusto timore di perdere le garentie del suo credito, e le garantie possono mancare, tanto di fronte al debitore insolvibile, quanto di fronte al debitore che tuttavia non possa dirsi tale, ma che, per peculiari circostanze, dia giusto timore di ritenere che i suoi beni, che sono la garentia del creditore, possono da un momento all'altro andare dispersi.

Attesochè il ricorso meriti adunque d'essere accolto con l'annullamento della sentenza denunciata, e col rinvio ad altra Corte per il nuovo esame al lume di più esatti criteri giuridici.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

2 febbraio 1907 n. 73

Basile, *Pres.* — Cannas, *Est.*

Buini ed altri (avv. *S. Lupacchioli*) contro Congregazione di carità di Porretta (avv. *A. Quarta*).

La grave negligenza (nella specie, ritardo ad impiegar danaro) degli amministratori di uno istituto di beneficenza è fondamento della loro responsabilità civile, ove l'istituto abbia risentito danno (1)

Il danno, però, di cui debbono eventualmente rispondere i detti amministratori è quello effettivo e reale (2).

La Corte ecc. — Dei tre mezzi di annullamento il primo non è fondato. Pacifico che avrebbe dovuto essere e non furono nell'anno investiti in consolidato 5 per cento i sopravanzi dei redditi delle fondazioni Burlandi, Sabatini e Giorgi, rimasti disponibili alla fine del precedente esercizio finanziario. Indubbio che l'asserita destinazione di quei sopravanzi a far fronte ai bisogni della fondazione Costa, amministrata anche essa dalla Congregazione di Carità, costituisce uno storno in contravvenzione, perchè non debitamente autorizzato, all'articolo 38 della legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza. In tali premesse, esatte in diritto, incensurabili in fatto, la sentenza denunciata adagia l'affermazione della responsabilità degli amministratori per colpa grave in rapporto ai danni, che le fondazioni interessate hanno potuto risentirne. Va detto altrettanto dell'affermazione ulteriore che la colpa non muta grado, nè da grave scenderebbe a lieve, ove pur sussistessero le difficoltà specificate negli articoli di prova testimoniale. Rispondono invero alla morale e allo spirito della legge le osservazioni, che le difficoltà per disordini nelle precedenti gestioni importano in coloro che si sobbarcano al *munus publicum* di amministrare, sia pure gratuitamente, le istituzioni di beneficenza, l'obbligo di studiare il modo di eliminare quelle difficoltà. Tali osservazioni e la constatazione che i ricorrenti, lungi dallo spiegare l'attività voluta dalle speciali circostanze, seguirono invece la comoda usanza di non darsi pensiero dei pericoli in cui andavano ad incagliarsi le attività patrimoniali delle pie fondazioni, ribadiscono il concetto della colpa grave posta in maggiore evidenza dalla omessa partecipazione degli inconvenienti lamentati all'autorità preposta alla tutela delle opere di beneficenza.

Nè può essere accolta la obbiezione che colla denuncia non si eliminavano le difficoltà che avrebbero potuto presentarsi insuperabili an-

---

(1-2) La responsabilità degli amministratori di opere di beneficenza si va aggravando ogni giorno con nuove leggi. Chi ama gli onori deve sopportarne anche gli oneri. Veggansi in proposito le decisioni 29 novembre 1904 della Cass. Roma, *Foro ital.*, 1905, 1, 477 (con nota di A. AMICI su *L'obbligo degli amministratori delle istituzioni pubbliche di beneficenza di investire in titoli del debito pubblico le somme disponibili e la nullità dei mutui ipotecari stipulati in contravvenzione a tale obbligo*) e A. Macerata 13 aprile 1905, *Corte Anc.* 1905, 1, 278, con la quale sentenza si ritenne che ogni amministratore pubblico è responsabile anche dell'operato de' suoi predecessori, in quanto, potendo e dovendo, non provvide all'osservanza della legge. Anche la decisione che qui stiamo commentando accenna come di sfuggita, ma chiaramente, ad una simile responsabilità, tutt'altro che piacevole....

che alla Giunta Provinciale amministrativa. A prescindere dalla esagerazione delle difficoltà accampate in rapporto alla regolarizzazione di bilanci, esagerazione che eccitò la incredulità dei giudici di merito, sta pur sempre la realtà (nè gli articoli di prova miravano ad escluderla) che la G. P. A. avrebbe in ogni caso potuto indicare un utile impiego alle somme disponibili, salvo ad accreditarlo poi definitivamente alle rispettive fondazioni e dare ad ogni modo i provvedimenti meglio opportuni.

Esauriente appare pertanto circa la colpa grave degli amministratori la motivazione, in rapporto alle eccezioni dedotte in sede di merito, della sentenza denunciata, la quale non violò, come a torto si asseriva nel primo mezzo di annullamento, ma rettamente intese ed applicò gli art. 49 della succitata legge sulle opere pie e 1748 del Codice civile.

Manifesto risulta per contro il difetto di motivazione lamentato col secondo mezzo in rapporto alla contestata realtà del danno.

Affermarono sempre i ricorrenti ed insistono nell'affermare che danno reale non vi fu, essendo stati i sopravanzi subito erogati, onde far fronte alle urgenti necessità di una fondazione ospitaliera, del legato Costa, cui dicono obbligata la Congregazione a provvedere, occorrendo coi sopravanzi dei redditi degli altri enti da lei amministrati. La osservazione del Tribunale, che tale assunto si risolve in una violazione della legge, la quale, come sopra si accennò, all'art. 38 vieta qualsiasi storno di fondi da capitolo a capitolo ed a *fortiori* da fondazione a fondazione, riferma bensì il concetto della colpa grave, ma in nulla risponde alla deduzione che il danno vi fu solo apparentemente, non nella realtà. Il giusto rigore contro gli amministratori trascuranti le norme preordinate ai fini degli istituti loro affidati, non può, senza trasmodare, portare allo indebito arricchimento degli enti con la jattura degli stessi amministratori. La Congregazione rappresenta così le fondazioni Burlandi, Sabatini e Giorgi, come la fondazione Costa. E però ha, è vero, diritto e dovere di chiedere il reddito che i sopravanzi delle prime avrebbero dato, se impiegate indilatamente in rendita pubblica, ma le corre obbligo in pari tempo di rifondere agli amministratori, nei limiti dell'utile versione, il profitto che per la fondazione Costa essa ricavò dallo storno.

La tesi prospettata ad escludere in tal modo il danno od a ridurne l'entità è nella sentenza completamente obliata.

Altro difetto di motivazione a questa, e non a torto, si addebita col terzo mezzo. Assumevano ed assumono i ricorrenti che i sopravanzi, se subito investiti, non avrebbero dato il 5 per cento che fu loro addebitato, ma il 4.45 che rappresenta l'interesse, se si tenga calcolo delle spese d'investimento e dei corsi del consolidato cinque per cento al tempo della loro gestione, — ed a questa osservazione la sentenza nulla risponde.

Per tali motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 febbraio 1907 n. 84

Pagano, *Pres.* — Setti, *Est.*

Falcioni (avv. *G. Russo*) e Riccardi (avv. *F. Virili*).

Il rigetto dell'appello senza esame è pregiudiziale a qualunque altra eccezione, anche pregiudiziale, che allo stato degli atti non sia possibile al giudice di appello di esaminare (1).

Tra gli atti che si devono esibire al magistrato di secondo grado, ad evitare il rigetto dell'appello senza esame, vanno compresi quelli che sono d'interesse di tutte le parti in causa, come ad esempio, i verbali della riprova testimoniale compiuta dall'appellato (2).

---

(1) Per questa massima ci siamo serviti quasi delle stesse parole, adoperate al riguardo dal MORTARA, in *Digesto italiano*, voce *Appello civile*, n. 1381.

Ci siamo presa questa libertà per riuscire ad esprimerci con precisione, schivando gli errori, perchè non è vero che a *tutte* le eccezioni sia pregiudiziale il rigetto dell'appello senza esame. Vi ha, ad esempio, la eccezione d'incompetenza del giudice di secondo grado che, secondo il MORTARA (*ivi*), devesi senz'altro accogliere, senza occuparsi del chiesto rigetto, ove per le semplici risultanze degli atti si appalesi sicura la incompetenza medesima.

Cfr., nei sensi della decisione che commentiamo, l'A. Catania 21 agosto 1905, *Giur. cat.* 1905, 185.

(2) Giurisprudenza prevalente, ma già repudiata dalla Cass. Roma (decis. 27 marzo 1885, *Legge*, XXV, 2, 186), dalla cui parte sta la grande auto-

La Corte, ecc. — Lamenta il ricorrente innanzi tutto che siasi violato l'art. 31 cod. proc. pen., perchè, sporta querela per falsa testimonianza e subornazione, il giudizio civile doveva rimanere sospeso.

La risposta è di una evidenza intuitiva. Prima di tutto un tale motivo tende a censurare la sentenza del giudice di primo grado, ma per l'art. 517 cod. proc. civile non possono essere impugnate col ricorso in cassazione che le sentenze pronunciate in grado di appello. In secondo luogo il giudice di secondo grado, avendo rigettato l'appello senza esame, non poteva nè doveva elevare di ufficio, nè esaminare la questione, se la querela penale potesse o meno avere influenza sul giudizio civile. Se il giudice di appello dovesse tenere conto delle domande o delle eccezioni proposte dall'appellante, per quanto tali eccezioni si pretendano pregiudiziali, il rigetto senza esame sarebbe un non senso giuridico.

L'unica questione, adunque, che può e deve risolvere il Collegio Supremo è quella, se il Tribunale nel rigettare l'appello senza esame abbia o meno violata la legge.

L'art. 51 del regolamento sul procedimento sommario dispone che l'appello è rigettato senza esame, quando alla discussione della causa innanzi al Collegio l'appellante non presenti la sentenza e gli atti e documenti del primo grado necessarî alla discussione dello appello. Di fronte a questa tassativa disposizione legislativa non è più possibile ritornare sulla interpretazione da farsi all'art. 489 cod. proc. civile. Ora il vedere e il giudicare quali siano gli atti e i documenti necessarii per l'esame dell'appello è compito esclusivo del magistrato che deve conoscere dell'appello stesso, il cui giudizio non può essere censurato e modificato in cassazione senza coartare e far violenza alla sua coscienza.

Il Tribunale nella specie ha detto che senza il processo verbale della prova contraria non era in grado di vagliare o censurare, come voleva e faceva l'appellante, gli apprezzamenti fatti e le conseguenze tratte dal primo giudice dall'intero esame testimoniale, perchè in sostanza l'appellante aveva discussa tutta la prova con la sua comparsa e censurati gli apprezzamenti del R. Pretore, specialmente in quanto aveva prestato fede a testimoni sospetti o subornati della riprova. Quindi la necessità, secondo il Tribunale, di aver presente il verbale di riprova e l'obbligo di presentarlo era così imposto dalla legge e dalla logica all'appellante. Se in giudizio, che si fonda solamente sulla prova testimoniale, non si esibiscono i verbali di esame in prova e riprova, non si può dire che l'appellante abbia ottemperato alla legge che gli impone di esibire gli atti del primo giudizio necessarî per un nuovo esame della lite.

Nè vale obbiettare che *non sunt sumenda arma de domo rei*. Qui, trattandosi di atti, non si dovevano assumere le *armi* che togliendole dalla cancelleria, ove in apposito verbale erano raccolte la prova e la controprova nell'interesse generale della lite. Dopo tutto l'esame testimoniale può sotto questo aspetto essere considerato un atto unico, sebbene complessivo di tutte le testimonianze raccolte in giudizio, sia che queste siano provocate ad istanza dell'attore, sia che invece lo siano ad istanza del convenuto. Se si fosse trattato di documenti allora il discorso avrebbe dovuto esser diverso, imperocchè non vi è dubbio che l'appellante non può farsi consegnare dalla controparte i documenti forniti al primo giudice per esibirli al magistrato di appello, sebbene anche qui si debba ammettere che un documento prodotto in causa ed elencato nei debiti modi dall'appellato faccia permanentemente parte degli atti — in senso generico — della causa, e non possa maliziosamente esser sottratto per poter poi domandarsi il rigetto dell'appello senza esame.

Ne consegue che, quando l'appellante si è limitato a produrre le sole prove testimoniali assunte nel suo interesse, altro non ha fatto che dimezzare il verbale e sottrarsi all'obbligo di presentarlo per intero facendo a fidanza sulla diligenza e sulla imparzialità della parte appellata.

Invece la legge, imponendo allo appellante l'obbligo di presentare gli atti di primo giudi-

rità del MORTARA, *op. cit.* nella nota precedente, n. 1329. Il nostro Supremo Collegio, però, non è la prima volta che abbraccia il principio professato nella sentenza che commentiamo: vedi la decisione 17 marzo 1906, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 253, con richiami. Cfr. pure Cass. Roma 21 agosto 1905, *Cass. unica civ.*, 1905, 335, ed App. Aquila, 23 gennaio 1906, *Giur. abr.* 1906, 319.

zio necessarii per risolvere la controversia, ha inteso che tutti egli li debba produrre senza distinzione se fatti nel suo o nell'altrui interesse.

Il terzo motivo si riferirebbe ad una pretesa omissione, per parte della sentenza, di riportare una conclusione dell'appellante. Ma di cotesta pretesa omissione non fu fatto un previo motivo di ricorso, non essendosi citato l'art. 360, n. 4, ma solo il 360, n. 6, e 517, n. 6, cod. proc. civ. Il Collegio quindi non si può neppure occupare di siffatto mezzo.

Comunque, varrebbe anche qui ciò che si è detto pel primo motivo. Il Tribunale, rigettando l'appello senza esame, disse e ritenne che non si poteva tener conto di alcuna delle domande, quali che si fossero, proposte dall'appellante, non potendo essere vagliate e dovendo l'appello essere respinto. Con questa motivazione e con questo deliberato cadono tutte le censure mosse relativamente a difetti di ragionamento e di pronunzia.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

9 febbraio 1907, n. 94

Caselli *Pres.* — Setti *Est.*

Taffetani (avv. *S. Lembo*) contro Carletti (avv. *C. Catinelli*).

Nei giudizi di pretura e di conciliazione è dovuto dal soccombente, per ogni sentenza interlocutoria, la metà dell'onorario, di cui agli articoli 1 e 2 della tabella annessa alla legge 7 luglio 1901, n. 283, oltre l'onorario intiero per la sentenza definitiva (1)

In tali giudizi, se ebbero luogo prove testimoniali, sono anche dovute dal soccombente le vacazioni a termine dell'art. 84 della tabella sunnominata (2).

La Corte ecc. — Col primo mezzo si sostiene che, trattandosi di causa del valore di L. 153, il pretore non poteva tassare pel citato articolo 2 della legge 7 luglio 1901 più di L. 15, non già L. 30, e che non competeva onorario sulle sentenze interlocutorie, essendovi stata sentenza definitiva.

Anzitutto la tesi del ricorrente è questa: Quando vi è sentenza definitiva non si può accordare onorario per le sentenze interlocutorie.

Ora ciò non è conforme alla legge. L'articolo 2 dice: « L'onorario dovuto ai procuratori sarà, sempre quando sia stata pronunciata sentenza definitiva: nelle cause in cui il valore sia superiore a L. 150... — Se fu pronunciato soltanto una sentenza non definitiva, l'onorario sarà ridotto alla metà ».

In queste parole non vi è divieto del cumulo degli onorari quando in un intero giudizio siano intervenute e sentenze interlocutorie e sentenze definitive. Non vi è nell'articolo 1 pei giudizi avanti ai conciliatori, non vi è nell'art. 10 per quelli avanti i Tribunali e le Corti.

Lo spirito della legge non può favorire la tesi del ricorrente. Certo il legislatore non ignorava che anche un giudizio di L. 153, come il presente, quando vi sono litiganti accaniti, può avere tale sviluppo, presentare la risoluzione di tante questioni, che, se si stabilisse che il soccombente non dovesse pagare che l'onorario di L. 40 o di L. 15 o di L. 10, la maggior parte delle volte i benefici della vittoria sarebbero puramente irrisori. Ora, è certo più conforme a giustizia che il criterio dell'onorario venga misurato in ragione del numero delle sentenze proferite nel giudizio, essendo il numero di queste l'indice più sicuro dello sviluppo preso dalla lite e dell'opera del procuratore. Tale interpretazione del resto è quella seguita nella pratica adottata nei giudizi pretoriali, essendosi sempre riconosciuto che una sentenza interlocutoria ha una importanza grandissima in una causa nei riguardi dell'opera del procuratore diretta a conseguirla, e, data la tenuità delle competenze per le sentenze definitive, non vi è ragione

---

(1-2) Su tutte e due queste massime noi richiamammo l'attenzione dei procuratori legali nella nota a pag. 461 dell'annata 1905 della presente Raccolta. In detta nota ricordammo la conforme sentenza del Trib. civ. Palermo 20 febbraio 1905, *Foro sic.* 1905, 150.

Oggi vediamo con piacere che il locale Supremo Collegio rende veramente autorevole una tesi, che in dottrina trovasi sostenuta dal PERROTTA, *La legge sugli onorari dei procuratori*, Catania, 1901, pag. 21, ed avversata dal CRESPOLANI, nel suo praticissimo volumetto su *Gli onorari di avvocato e di procuratore nella giurisprudenza e nella dottrina*, Modena, 1906, pag. 20.

di non valutare equamente l'opera del procuratore anche nel caso di sentenze interlocutorie, pur riducendo alla metà, in questi casi, le sue competenze.

Posto ciò, il conto fatto dalla sentenza denunciata è giusto.

Il giudizio fu proposto tre volte; due volte definito con interlocutoria ed una con pronuncia definitiva: L. 7.50 per ognuna delle prime e L. 15 per l'ultima.

Ma nel giudizio ebbe luogo una prova testimoniale che occupò tre sessioni e fu esperita fuori della residenza dei rispettivi procuratori. Il minimo tempo tassabile per ciascuna sessione non poteva essere che di due vacazioni, per cui si arrivava ad un altro compenso di L. 12 per le tre sessioni di prova testimoniale, diritto che, a termini dell'art. 84, era pure dovuto dal Taffettani condannato alle spese.

Dunque l'affermazione del Tribunale che il pretore avrebbe potuto tassare anche L. 42, invece di 40, fu conforme alla tariffa vigente.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

25 gennaio 1907, n. 48

Pagano, *Pres.* — Corbo, *Est.*

Strocchi (avv. *L. Marcucci*) contro Ditta Padovani (avv. *S. Lupacchioli*).

Se la cosa comprata (nella specie, buoi da macello) manca delle qualità espressamente prevedute e pattuite dai contribuenti, tale mancanza di qualità dà luogo all'azione di risoluzione del contratto a mente dell'articolo 1110 *cod. civ., e non all'azione redibitoria di cui all'art.* 1498 *cod. stesso* (1).

La Corte, ecc. — Attesochè sia indubitato che nel nostro cod. civ. l'errore sulla *sostanza* della cosa venduta e l'errore sulla *qualità* della medesima producono due azioni di diverso effetto. Ma nel caso concreto si rende inutile il discutere sui criteri differenziali e sulle conseguenze giuridiche dell'uno e dell'altro errore, per vedere se l'essere un animale da macello ammalato, e quindi non atto all'uso cui è destinato, è una circostanza che riflette la qualità o la sostanza della cosa venduta. Imperocchè i giudici di merito, con insindacabile apprezzamento, ritennero non solo che la commestibilità della carne dei buoi venduti dal ricorrente Strocchi fu la sostanza della cosa che determinò la ditta compratrice al contratto, ma che codesta qualità sostanziale fu anche espressamente preveduta e pattuita dai contraenti.

Ora, se la commestibilità delle carni fu considerata dalla denunziata sentenza come la causa principale della convenzione, si comprende facilmente che, essendo venuta a mancare la sostanza della cosa formante l'oggetto del contratto di compra-vendita dei due buoi da macello, ne conseguiva, come legittimo corollario, che il relativo errore di fatto doveva dar luogo ad un'azione di nullità a mente dell'art. 1110 del cod. civ., e non all'azione redibitoria di cui all'articolo 1498 dello stesso codice.

Attesochè per le ragioni superiormente svolte, dovendosi rigettare il primo mezzo del ricorso, rimanga assorbito il secondo; poichè la tesi del vizio redibitorio, già esclusa dai giudici di merito, fu dai medesimi trattata e discussa solo *ad abundantiam* ed in via di pura ipotesi. Per la qual cosa, ammesso pure il lamentato difetto di motivazione al riguardo, ciò non potrebbe mai portare all'annullamento dell'impugnata sentenza, la quale si sorregge indipendentemente dal ragionamento relativo alla disputa sulla sussistenza o meno del vizio redibitorio.

Per questi motivi, ecc.

---

(1) E' questa la giurisprudenza prevalente: A. Bologna 29 dicembre 1903, Cass. Firenze 18 maggio 1905, in *Temi*, 1904, 185, e 1905, 557; A. Perugia 20 luglio 1903, *Riv. di dir. comm.*, 1903, 2, 433; Trib. Modena 29 aprile 1904, *id.*, 1904, 2, 573; Cass. Torino 27 marzo 1906, *Temi gen.* 1906, 257, ecc.

Contra: Cass. Roma 18 settembre 1905, est. MORTARA, in questa Raccolta, anno 1905, pag. 497, con nostra breve nota di osservazioni e di richiami.

Vedi lo scritto di A. MANGARONI-BRANCUTI, in *Temi*, 1907, pag. 215, scritto nel quale si riassume egregiamente il movimento della giurisprudenza e della dottrina nella materia.

Prossimamente noi pubblicheremo una sentenza della Corte di appello di Roma sulla interessantissima controversia.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

9 febbraio 1907, n. 98

Pagano, *Pres.* — Riccobono, *Est.*

Capialbi ed altri (avv. *C. Patriarca, G. Nicoletti-Adimari, E. Salvia*) contro Capialbi.

Le forme processuali privilegiate che la legge accorda ad un istituto di credito fondiario ove debba procedere all'esproprio dei beni dei suoi debitori, vanno osservate anche se, in forza di ottenuta surroga negli atti di altro creditore, sia d'uopo che l'stituto comprenda nell'esproprio beni a sè non ipotecati (1).

Se, durante il corso dell'esproprio a cui l'istituto proceda come sopra, muore il debitore del credito fondiario, dopo aver costituito il suo procuratore, gli atti continuano ad essere legalmente notificati presso il procuratore stesso finchè la morte non sia recata a conoscenza dell'istituto e sono validi anche riguardo agli indicati beni sui quali l'istituto non ha ipoteca (2).

La Corte *a Sezioni Unite*, ecc. — Attesochè in ordine al primo mezzo del ricorso dei signori Capialbi, senza alcun fondamento si deduce la violazione delle disposizioni degli articoli 16 e 23 della legge 22 febbraio 1885 sugli istituti di credito fondiario, le quali, lungi dal contraddire, suffragano il principio accolto dalla impugnata sentenza, che, cioè, le forme speciali della procedura di espropriazione, consentite agli istituti di credito fondiario, valgono anche pei fondi non colpiti dalla loro ipoteca, se, per effetto di surrogazione ad altri creditori procedenti, debbano essi comprenderli nella subastazione;

Che anzitutto, se si ha riguardo al concetto del legislatore, in materia di espropriazione, manifestamente diretto all'unità del procedimento, con la disposizione dell'art. 661 del rito ordinario la quale impone al creditore istante, ove altre esecuzioni colpiscano una maggiore quantità d'immobili, di comprenderli tutti nella espropriazione, non si potrà supporre che il legislatore stesso abbia inteso derogare a siffatto principio nei particolari rapporti degli istituti di credito fondiario che si trovino nella stessa condizione di dover comprendere nella espropriazione immobili ad altri ipotecati, per modo che nella stessa espropriazione una duplicità di forme e di termini si dovrebbe osservare, l'una pei fondi ipotecati al credito fondiario, l'altra pei fondi ad esso estranei, e non si saprebbe poi in qual modo, e se per uno stesso atto nel caso in ispecie, la notificazione debba rivolgersi tanto al defunto Francesco Pasquale Cordopatri seniore nel domicilio del procuratore costituito, qual debitore iscritto ritenuto tuttavia vivente, pei fondi ipotecati, quanto ai singoli eredi di esso defunto Cordopatri, nei loro rispettivi domicilii pei fondi non ipotecati;

Rifuggono i ricorrenti signori Capialbi dal trarre tutte le conseguenze di pratica applicazione, che necessariamente derivano dalla tesi da loro sostenuta, ond'essi si limitano ad affermare il principio che, se la legge speciale riconosce il diritto nell'istituto del credito fondiario di surrogarsi nel procedimento da altri iniziato, e di far vendere anche i beni da esso non ipotecati, non gli consente di avvalersi, per questi, delle forme speciali che essa consente per la esecuzione sui fondi ipotecati a garanzia del detto istituto;

Che l'assunto dei ricorrenti non può trovar suffragio nell'invocato articolo 23 della citata legge, se questo è diretto, come esordendo letteralmente si dichiara, ad apportare a vantaggio degli istituti di credito fondiario modificazioni al procedimento di espropriazione stabilito dal codice di procedura civile. Or si dovrebbe ammettere, secondo i ricorrenti, che il citato articolo, in tutti i suoi capoversi, contenga disposizioni le quali, derogando alla procedura ordinaria, accordano forme processuali privilegiate ai detti istituti, ma ne contenga uno che tutti li distrugga in una

(1-2) La conforme sentenza dell'A. Napoli 28 luglio 1905 trovasi pubblicata nel periodico *Diritto e giurisprudenza*, XXI, 532. Essa fu emanata in sede di rinvio e il suo giudizio, contrario a quello della Cass. Napoli 8 ottobre 1901 (*Giur. ital.*, 1902, 1, 1, 298), ha meritato il plauso delle *Sezioni unite*, come all'udienza meritò il plauso dell'illustre Procuratore generale comm. senatore Oronzo Quarta.

La controversia, così dibattuta, se non è più di attualità, può giovare per intendere a dovere alcune disposizioni del testo unico delle leggi sul credito fondiario, approvato con regio decreto 16 luglio 1905, n. 646.

volta. Questo sarebbe il capoverso lettera *d* che dispone: «Se la spropriazione si trovasse già iniziata da altri creditori, l'istituto avrà diritto di farsi surrogare nel procedimento, quantunque non vi fosse motivo di negligenza, sottoponendosi però all'obbligo di procedere anche per la maggior quantità di beni stati compresi nel precetto che dà luogo alla surrogazione ». Si dovrebbe ammettere che la legge in favore dell'istituto abbia, anche derogando alla condizione fondamentale dello art. 575, accordato il diritto della surroga, ma per privarlo al tempo stesso di tutti gli altri privilegi;

Che, a sostegno della loro tesi, invano i ricorrenti traggono argomento dalla modificazione apportata allo art. 23 della citata legge dall'art. 15 della successiva legge 4 giugno 1896, che dà facoltà all'istituto di surrogarsi nella precedente esecuzione, limitatamente ai beni a suo favore ipotecati, e di non comprendervi la maggiore quantità di beni cui la precedente esecuzione si riferisce. Anzitutto il procedimento di cui si tratta si svolse e si esaurì sotto l'impero della legge del 1885, e quindi nessuna influenza retroattiva potrebbe su di esso spiegare la nuova legge del 1896. Ma, pur di questa discutendo, come di semplice argomento d'interpretazione, non ha alcuna consistenza lo scopo che i ricorrenti attribuiscono alla nuova legge, cioè di conservare all'istituto il privilegio, di cui allo art. 23 della legge 1885, che altrimenti avrebbe perduto, se avesse avuto l'obbligo di rivolgere la procedura anche a fondi ad esso non ipotecati, mentre è assai più ovvio il ritenere che la legge sempre per il favore verso gli istituti di credito, edotta dalla esperienza, che sovente le controversie suscitate nel corso dell'espropriazione per immobili, ad esso non ipotecati, intralciassero il conseguimento del suo credito, abbia per tali casi convertito in facoltà ciò che era stato un obbligo imposto;

Che neanche ha valore l'obbiezione, che cioè, trattandosi di disposizione di diritto singolare, come quella che accorda forme privilegiate di procedura agli istituti di credito fondiario, onde conseguire il soddisfacimento dei loro crediti sul prezzo dei fondi ai medesimi ipotecati, non la si possa applicare estensivamente alla subastazione d'immobili sui quali non hanno ipoteca. Vuolsi in contrario osservare che quelli che si sogliono chiamare privilegi dei detti istituti nella realtà non costituiscono che il loro modo di essere. Invero lo scopo altamente economico e sociale di codesti enti ha giustificato l'intervento del legislatore, il quale, onde assicurarne il conseguimento, li ha circondati di tutte quelle garanzie che si sono riconosciute necessarie al loro funzionamento, per modo che i privilegi cosidetti, lungi dall'essere determinati dalla ipoteca sui fondi, sono la norma e la regola delle loro azioni. Se pertanto l'istituto, nello esercizio del diritto di surroga a precedente esecuzione, ha obbligo di comprendere nella espropriazione altri immobili ad esso non ipotecati, non può agire che con la norma che attiene all'istituto stesso, di guisa che sarebbe vera l'opposta affermazione che, se la legge, nel caso di surroga e per la esecuzione sopra altri fondi, avesse voluto privarlo del privilegio delle sue forme processuali, avrebbe dovuto espressamente dichiararlo. Per ciò stesso viene meno qualsiasi valore all'altro argomento di analogia che si vorrebbe ricavare dalla espressa dichiarazione che in materia di esazione di imposta è contenuta nell'art. 65 della legge 23 giugno 1897, il quale, concedendo all'esattore la surroga nella esecuzione mobiliare o immobiliare da altro creditore iniziata, formalmente soggiunge di poterla proseguire con le forme e le norme della legge speciale;

Che non è meno insussistente l'altra violazione, dedotta con lo stesso primo mezzo, dell'art. 16 della citata legge, il quale dispone che i successori universali e particolari del debitore debbono notificare giudizialmente all'istituto la morte del debitore, e per virtù di siffatta notifica l'istituto procederà contro di loro nel modo stesso come avrebbe proceduto contro l'originario debitore, e che, in mancanza di tale notificazione, le iscrizioni già prese hanno l'effetto che gli atti tutti possono essere diretti contro il debitore iscritto, quantunque abbia cessato di vivere. Assumono i ricorrenti che tale disposizione contraddice alla forma speciale di simili notificazioni in rapporto ai fondi non ipotecati all'istituto, in quanto si sia considerata come un effetto della iscrizione, e quindi non possa avere luogo quando manchi l'ipoteca iscritta. Ma siffatto argomento perde ogni valore, se si considera che l'art. 16 della legge debba porsi in relazione al contratto a cui si riferisce e che quindi si sia preveduta la ipotesi normale del contratto di mutuo stipulato e dell'ipoteca

conceduta dal mutuatario all'istituto, senza l'intendimento di volere escludere il privilegio procedurale, se si tratti d'immobili non ipotecati. Ciò che poi risulterebbe manifesto, se si volesse, come fanno i ricorrenti, chiarire il concetto della legge con la nuova dizione dell'art. 6 della successiva legge 4 giugno 1896, che, eliminando le parole « le iscrizioni prese hanno l'effetto » dispone così: « in mancanza di tal notificazione, gli atti giudiziali possono essere diretti contro il debitore iscritto »;

Attesochè, più di tutti, è infondato il terzo ed ultimo mezzo, col quale si afferma di aver sempre errato la Corte di merito, riconoscendo validi gli atti di notificazione, inquantochè, per effetto della morte del debitore Francesco Pasquale Cordopatri seniore, cessato il mandato al procuratore, si era nel caso di mancanza di un procuratore costituito, donde l'obbligo della notificazione al domicilio eletto nell'istrumento di mutuo. Ma egli è evidente come incorrano in aperta petizione di principio, poichè, se essi concedono in ipotesi la estensione dei privilegi procedurali anche ai fondi non ipotecati, non può la costituzione di procuratore venir meno, se non quando, ottemperandosi all'art. 16 della citata legge, sia stata notificata all'istituto la morte del debitore;

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

16 febbraio 1907 n. 113

Caselli *Pres.* — Cannas *Est.*

Ricci-Bitti (avv. *A. L. Ferreri*) contro Lega (avv. *L. Matteucci* e *D. Manzoni*).

Il divieto della prova testimoniale, ove gli interessi, riuniti al capitale, superino le lire 500, vale soltanto per gli interessi stipulati espressamente in una convenzione, mentre gl'interessi legali, come son quelli dovuti dal giorno della scadenza di una cambiale, sian essi moratori o correspettivi, non si sommano col capitale ai fini dell'art. 1342 cod. civile (1).

La Corte, a *Sezioni unite*, ecc. — La questione devoluta col primo mezzo alle Sezioni Unite verte sulla interpretazione dell'art. 1342 cod. civ., che fa rientrare nel divieto della prova testimoniale le dimande del capitale e degli interessi se questi, riuniti al capitale, danno un totale eccedente le lire 500.

La giurisprudenza e la dottrina prevalenti giustamente riferiscono ai soli interessi convenzionali il cumulo voluto dall'art. 1342: questo articolo va inteso in rapporto al precedente 1341, il quale implicitamente riconosce che (per quanto incontestati i maggiori pregi della prova scritta) il divieto della prova testimoniale sarebbe *ingiusto* se non venisse circoscritto alle convenzioni (perchè solo in rapporto alle convenzioni possono le parti precostituirsi la prova scritta), *vessatorio* se lo si estendesse alle innumeri contrattazioni di valore non rilevante che si susseguono incessanti nei rapporti quotidiani.

Tale divieto, come restrizione alla libertà della prova, va strettamente interpretato; così dicasi dell'art. 1342, il quale non mira ad estendere il divieto, ma ad impedirne la indiretta violazione, e a fissare la portata della convenzione.

Della *convenzione*, che ne fissa la decorrenza e la cifra, fanno parte, accrescendone il valore, gli interessi *convenzionali*. Quel valore è determinato con riguardo al momento in cui la convenzione viene consentita, perchè in quel momento sono le parti tenute a procurarsi la prova scritta. Quando, invece, non si pattuiscono interessi, non vi ha ragione di obbligare il creditore a regolarsi come se la inadempienza del debitore fosse certa e a calcolare gli effetti di tale inadempienza.

---

(1) Il Supremo Collegio di Roma ebbe ad occuparsi altra volta di questa causa. Allora, con decisione 2 febbraio 1905, est. NATALE (*Temi*, 1905, 161), gli interessi della cambiale, di cui si tratta, erano stati addizionati col capitale per negare la ammissibilità della prova per testi: oggi questo errore viene corretto dalle *Sezioni unite*, su conformi conclusioni del P. M., rappresentato dall'illustre senatore QUARTA, conferendosi maggiore autorità alle considerazioni già espresse sull'argomento in un'altra decisione, quella 8 giugno 1906, in causa Piras c. Deriu (nella presente Raccolta, anno 1906, pag. 400, con nota).

Veggasi quel che la dotta Direzione della *Temi* scrive a commento della sentenza che pubblichiamo (annata corrente, pagina 191).

Questi concetti non furono contraddetti dalle parti nella discussione della causa. Se non che, all'ultima ora, rilevando che il credito domandato farebbe capo ad una cambiale reclamante l'applicazione delle norme del diritto commerciale, si invocò la distinzione degli interessi in *moratori* e *corrispettivi*. E, pur riconoscendo che gli interessi moratori non vanno sommati col capitale agli effetti degli art. 1341 e 1342 cod. civ., si sostenne che non debbano ritenersi moratori, e che quindi debbano ai detti effetti sommarsi col capitale gli interessi della cambiale, perchè in commercio gli interessi rappresentano i frutti del denaro, economicamente fecondo, e sono quindi interessi corrispettivi.

Anche a non seguire gl'insegnamenti di chi disse la distinzione, come si usa formularla, tra interessi moratori e corrispettivi, base inadatta a utili costruzioni giuridiche, pur riconoscendola esatta in astratto, anche a prescindere dalla osservazione che l'interesse moratorio pure in materia civile rappresenta in fondo il compenso, il correspettivo dovuto al creditore per l'uso del suo denaro di cui viene privato, è certo che la distinzione stessa, nel pensiero dei commercialisti insigni che la prediligono, non può spingersi alla conseguenza ingiusta e nel diritto probatorio assurda (art. 44 cod. comm.) di consentire la prova per testimoni a un credito civile (pel quale nei casi di mora *ex re* gli interessi non vanno cumulati col capitale agli effetti degli articoli 1341 e 1342 cod. civ.) e di non riconoscere eguale diritto *caeteris paribus* per un credito commerciale. Del resto l'interesse sulla cambiale, lo si dica pure corrispettivo, in fatto è sempre dovuto in seguito all'inadempimento e dal giorno della scadenza.

Del pari a nulla conclude la osservazione, che a fissare il valore della convenzione può trarsi norma dalle regole del cod. di proc. civ., per determinare la competenza: la osservazione regge soltanto in quanto si tenga presente la differenza che i calcoli devono, per gli art. 1341 e 1342 cod. civ., riferirsi, non alla *data della dimanda*, ma a *quella della convenzione*.

Assume però il ricorrente che non trattasi nella specie d'interessi legali perchè non derivanti dalla cambiale, rilasciata dalla Lega allo Argnani, ma dalla intesa col Ricci che avrebbe dovuto rimborsare la Lega, intesa costituente convenzione che, abbracciando, dice il ricorso, capitale e interessi, dà un valore eccedente le lire 500.

Soggiunge che il tribunale siasi contraddetto, conferendo alla lire 135 il carattere di interessi dovuti dal Ricci-Bitti sulle lire 450, quasi fosse costui il debitore della cambiale, mentre riconosceva che la cambiale aveva creato un rapporto di obbligazione esclusivamente tra l'Argnani e la Lega.

Le obiezioni non reggono. Per l'assunto della Lega, del passivo della eredità di Alessandro Lega, accollatosi (ciò è pacifico) dal Ricci-Bitti, faceva parte il debito di lire 450 verso l'Argnani: questi, in riconoscimento del proprio credito, volle la cambiale, non accettò, stando ai capitoli di prova, la firma del Ricci-Bitti, pretese quella della Lega che pure era erede, e che rilasciò la cambiale, d'intesa col Ricci-Bitti, tenuto a rimborsarla. Ben disse il tribunale che, nei rapporti coll'Argnani, debitrice della cambiale era la Lega, che l'aveva accettata; ma pur ben ritenne e non si contradisse, che nei rapporti tra la Lega ed il Ricci-Bitti il vero debitore (se vengano provati i fatti dedotti a prova testimoniale) colui cioè che avrebbe dovuto fornire alla Lega la somma occorrente da pagarsi all'Argnani, era il Ricci-Bitti. Ciò che nel caso è sostanziale è che la intesa del pagamento o rimborso tra la Lega e il Ricci-Bitti fu *contemporanea* al rilascio della cambiale. E, poichè in quel momento non si parlò d'interessi, ben ritennero i primi giudici che la convenzione, nel momento dell'incontro dei consensi, aveva il valore del capitale di lire 450, cui l'intesa si riferiva. Non era la Lega obbligata a comportarsi come se fosse immancabile che il Ricci-Bitti non le avrebbe alla scadenza della cambiale fornito le somme occorrenti a pagare la cambiale firmata nel di lui interesse.

Non è giusto che costui trovi nella propria inadempienza il mezzo di rendere inammissibile la prova testimoniale, che il valore originario della convenzione consentiva.

Ozioso è poi discutere per quanto di sopra si osservò, se gl'interessi, che col capitale dovrebbe il Ricci-Bitti rimborsare alla Lega, debbano qualificarsi moratori o legali o corrispettivi.

E' certo che non sono convenzionali, perchè non stipulati nella convenzione, ma conseguenza (al pari di quelli dovuti dalla Lega, che il Ricci-Bitti doveva rilevare) dell'inadempimento alla scadenza (mora ex re).

E' ovvio, infine, che la prova dedotta non tende a modificare l'atto 26 agosto 1895, cui nulla toglie od aggiunge.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

16 febbraio 1907, n. 118

Basile, *Pres.* — Riccobono, *Est.*

Ditta Chiodini (avv. *T. Ambrosetti*) contro Ditta Bisleri (avv. *C. Vivante* e *G. Donati*).

Condizioni necessarie perchè una società commerciale possa essere convenuta dinanzi al forum gestae administrationis, *a termine dell'art. 90 cod. proc. civ., sono la esistenza, nel luogo, di uno stabilimento sociale, e la esistenza, pure nel luogo, di un rappresentante della società* (1).

Se i terzi agiscono contro la società ex delicto vel quasi, e non già ex contractu, non possono invocare la dottrina, secondo la quale chi ha contrattato con una società può opporle la forma della rappresentanza, quale esternamente apparisce senza riguardo ai rapporti interni (2).

La Corte ecc. — Il secondo capoverso dell'art. 90 cod. proc. civ., a favorire la condizione dei creditori di una società, in applicazione del *forum gestae administrationis*, consente ai medesimi di convenirla innanzi l'autorità giudiziaria fuori del luogo della sede principale, ma richiede il concorso della doppia condizione, della esistenza di uno stabilimento e della esistenza di un rappresentante della Società.

Ora, secondo il concetto della legge, lo stabilimento, sebbene in più angusta sfera di azione, rappresenta un centro di attività giuridica, che si esplica di fronte ai terzi, a nome della società e con poteri giuridici equipollenti a quelli della sede per l'esercizio dell'industria sociale, siccome è fatto palese dalle disposizioni degli art. 89, n. 1, 92 e 93 cod. di comm., con le quali in tanto si ordinano tutte le pubblicazioni attinenti alla società da cui lo stabilimento dipende, in quanto viene questo considerato come il centro di un'attività giuridica che si esplica di fronte ai terzi.

E il concetto giuridico del rappresentante viene poi ad armonizzare con l'altro dello stabilimento, come quello di un mandatario fornito di potere ampio, stabile, generale, per l'esercizio del commercio che forma l'oggetto dell'impresa principale, com'è ribadito dalla legge, tutte le volte ch'essa ha occasione di definire la sfera di azione del rappresentante della società, come negli articoli 376 o 862 codice commerciale.

Che la denunziata sentenza ritenne di non avere in Roma la ditta Bisleri di Milano nè uno stabilimento sociale, nè un rappresentante, per avere assodato che il Elli teneva i prodotti della società Bisleri, mediante uno sconto costante sui prezzi, per metterli in commercio in nome proprio quale concessionario della società stessa; che l Elli teneva in affitto in proprio nome e per proprio conto il locale ove esercitava il commercio dei prodotti Bisleri; che in proprio nome li vendeva; che, se vedesi da lui esercitato qualche atto di rappresentanza della società Bisleri, lo si vede compiuto in occasione dei rapporti di dare e di avere, che derivano dall'esercizio della sua concessione.

E, tutto ciò posto in fatto, la Corte di merito giudicò che mancassero le due condizioni dello stabilimento e della rappresentanza a costituire la competenza eccezionale dell'ultimo capoverso dell'art. 90, non esistendo l'esercizio dell'industria sociale, compiuto in nome

---

(1-2) Avvezzi ad esprimere sempre con franchezza il nostro pensiero dichiariamo che, se la tesi giuridica professata dal Collegio Supremo è impeccabile, nella specie decisa, però, la Ditta Chiodini non meritava di aver torto. Essa aveva provato che il sig. Bisleri ha un rappresentante ed una succursale in Roma, ed aveva provato ciò nel modo che può provarlo un terzo qualsiasi, vale a dire con la intestazione che portano le lettere del Bisleri e del suo rappresentante romano. Ai terzi non può opporsi che intestazioni simili nulla contengano di vero. Lo stesso Collegio Supremo adottò già questo insegnamento (dec. 23 gennaio 1882. *Legge* 1883, 1, 548) — e noi pensiamo che in proposito le autorità giudiziarie debbono essere quanto mai rigorose e non lasciare i terzi vittime della propria buona fede. Se distruggiamo l'idea della buona fede nei commerci, daremo la stura ad una infinità di soprusi e alla più vergognosa ingiustizia.

Sull'argomento in genere cfr. A. Roma 28 aprile

della società, ciò che costituisce l'essenza di uno stabilimento, ma esistendo invece il commercio proprio del signor Elli di prodotti Bisleri, divenuto di sua proprietà, in seguito alla sua esclusiva, e non potendo quindi venire egli considerato come rappresentante di un commercio che faceva in nome proprio.

Attesochè col terzo mezzo si accusa di contraddizione la sentenza denunziata per avere ora affermato ed ora negato la qualità in Elli di rappresentante della società Bisleri, per avere attribuito fede alle fatture rimesse da Milano a Roma al signor Elli, e ad estratti notarili dei libri, e per non avere distinto i rapporti interni da quelli esterni nell'apprezzamento dei fatti inducenti la rappresentanza, poichè, ammesso pure che, nei rapporti interni, la esclusiva concessa al signor Elli implicitamente contraddicesse al concetto della rappresentanza, nei rapporti esterni tali erano i documenti esibiti dalla ricorrente, da ingenerare la legittima credenza che a Roma esistesse una succursale e un rappresentante della società Bisleri.

Che non si riscontra la pretesa contraddizione, poichè, se la sentenza ammette che in qualche speciale affare la società Bisleri abbia conferito al signor Elli la propria rappresentanza, al tempo stesso esclude che questi avesse la rappresentanza di uno stabilimento, perchè gli affari, di cui l'Elli era incaricato, non riguardavano l'oggetto della società, cioè lo smercio dei suoi prodotti, e tale smercio non era fatto da uno stabilmento Bisleri.

Che durante il giudizio di merito la ditta Chiodini non impugnò nè fatture, nè estratti notarili dei libri. Poteva essa chiedere la esibizione dei libri, come ne aveva facoltà per l'art. 28 cod. comm., e però non ha ragione qualsiasi doglianza se la Corte di merito non esaminò i libri nel loro originale, non contestato.

Che invano la ditta Chiodini invoca a suo favore la esistenza di uno stabilimento della ditta Bisleri in Roma con suo rappresentante.

Se, nei rapporti nascenti dal contratto ben s'invoca la dottrina, secondo la quale può chi ha contrattato con una società opporle la forma apparente che essa abbia dato alla sua rappresentanza e che ha ingenerato la relativa credenza e una forma di mandato, quantunque essa, non abbia inteso costituire una vera rappresentanza o abbia inteso costituirla con poteri più limitati, non può altrettanto dirsi di fronte a terzi, che non son legati da alcun vincolo contrattuale, come nella specie in esame, in cui la ditta Chiodini non fa capo ad alcun rapporto contrattuale, ma deduce il quasi delitto della ditta Bisleri per risarcimento di danni a causa di concorrenza sleale.

Evidentemente, invocando per la sua azione la competenza speciale, deve dimostrarne le condizioni richieste, senza diritto ad invocare la dottrina surriferita, ma con l'obbligo di fornir la prova della esistenza di uno stabilimento della ditta Bisleri in Roma con suo rappresentante.

Attesochè col quarto ed ultimo mezzo si combatte la considerazione della Corte di merito, con cui, dal fatto di aver la ditta Chiodini notificato la citazione al signor Bisleri in persona propria all'albergo Milano, trasse argomento per dire che la stessa ditta Chiodini mostrò di non credere all'esistenza di uno stabilimento della ditta Bisleri in Roma. Ribatte la ditta Chiodini che essa adoperò quel modo di notificazione per meglio radicare la competenza di cui all'art. 90 cod. proc. civ., ma non era il caso d'invocare tale articolo, poichè il signor Bisleri era citato come rappresentante della società suddetta.

Per questi motivi ecc.

1894, *Temi Rom.*, 1894, 129; Tribunale cons. di Costantinopoli 5 aprile 1883, *id.*, 1883, 1, 747; Cassazione Torino 2 aprile 1902, *Temi gen.*, 1902, 513, che ritenne applicabile la disposizione dell'articolo 90 Codice di procedura civile anche alle società irregolari, sul quale punto veggasi conformemente la Cass. Roma 12 gennaio 1880, *Foro ital.*, 1880, 1569, e difformemente il PIOLA, in *Digesto italiano*, voce *Competenza civile*, n. 137.

C. A. Torino 10 luglio 1905, *Giur. tor.* 1905, pag. 1240, decise che se una Ditta estera ha stampato sulla sua carta di corrispondenza che ogni azione in dipendenza di ogni contratto dovrà essere proposta avanti le autorità giudiziarie della sua sede, e se il suo rappresentante in Italia ha pure stampato nella sua carta di corrispondenza il richiamo alle condizioni tutte della Ditta, il compratore, che non ha fatto al riguardo veruna osservazione, è sottoposto alla competenza estera per ogni controversia derivante dal contratto.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

28 aprile 1906, n. 229

Cardona *Pres.* — Menichini *Est.*

Società romana Solfati (avv. *A. Clementi, S. Monti-Guarnieri, L. Cuccia*) contro Regnoni (avv. *U. De Angelis*).

I notai, a termini della vigente legge di registro (art. 73 e 90), hanno il subingresso nelle ragioni del fisco, onde conseguire dalle parti, mercè sollecita ordinanza pretoriale, il rimborso della tassa di registro che per conto delle parti avessero pagata; ma tale subingresso ha luogo esclusivamente in caso di atti celebrati dai notai o di scritture private da essi autenticate, non mai di atti dati a deposito o per i casi previsti dall'articolo 106 della stessa legge, nei quali casi è soltanto concessa l'azione di regresso secondo le norme comuni (1).

La Corte, ecc. — Attesochè, a sostegno del presente gravame, venga dalla Società appellante sottoposto all'esame della Corte l'assunto da lei dedotto e non atteso in prime cure, col sostenere di non potersi legalmente riconoscere nel notaro Regnoni, pel rimborso della tassa da lui anticipata per la registrazione della scrittura in contesa, il diritto al subingresso ed al procedimento privilegiato di cui è parola nell'anzicennato art. 90 della legge sul registro, stante invece l'applicabilità al caso del successivo art. 106 della legge medesima, pel quale solo un'azione di regresso nelle forme ordinarie potrebbe a lui competere.

Attesochè, a prescindere pure dall'indagare se, a termine dell'art. 105, poteva il Regnoni reputarsi facultato a ricevere in deposito la predetta scrittura sfornita di registrazione, la Corte non esita nel riconoscere ben fondate le doglianze della Società appellante, all'uopo ritenendo d'essersi dal Pretore prima e dal Tribunale poi fatto mal governo delle citate disposizioni di legge, col confonderle stranamente tra loro, e coll'applicare inesattamente al caso in esame lo stesso art. 90.

Sembra, infatti, indubitato che questo, per

(1) Essendosi pubblicata, durante la preparazione del presente fascicolo, la decisione del Supremo Collegio di Roma in questa causa, crediamo opportuno di avvertire che la massima sovratrascritta è stata riprovata in parte, pur approvandosi la risoluzione in merito. Ecco come:

« Osserva la Corte sul primo mezzo che il pensiero della sentenza denunciata si può riassumere in queste due proposizioni:

a) che il subingresso nella forma privilegiata dell'art. 90 del testo unico sulle tasse di registro non compete, se non a pubblici ufficiali, ed a quelle persone che pagano per conto delle parti obbligate la tassa di registro a termini della legge, e che quindi, prestandosi a questo pagamento, adempiono all'obbligo loro ingiunto dall'art. 73 del testo medesimo;

b) che riguardo al rimborso della tassa di registrazione pagata per una scrittura privata ricevuta in deposito dal notaio non compete che il regresso nella forma ordinaria.

Il Supremo Collegio trova giusto di confermare questo giudizio della Corte di merito, comunque non creda di poter plaudire a tutti i concetti che lo determinarono.

Osserva che la legge nei fini della più pronta riscossione della tassa non si accontentò della responsabilità diretta delle parti, ma la fissò sul capo delle persone, che, non avendo interesse diretto nell'atto, che deve essere assoggettato alla registrazione, hanno un'ingerenza nella stipulazione dell'atto, sia per la funzione che debbono esercitare, sia per la rappresentanza di taluna delle parti interessate; sono tutte quelle persone, che sono enunciate nell'art. 73 del testo unico, evidentemente richiamate nell'art. 90 coll'inciso *a termini di legge*, destinato a significare l'indole restrittiva del subingresso, sia per le persone che possono usufruirne, sia per le condizioni a cui l'esercizio stesso è subordinato, e che, per riguardo ai notai, si concretano o nella rogazione dell'atto pubblico o nella autenticazione delle firme della scrittura privata.

Quest'intelligenza dell'art. 90 collima colla natura privilegiata del diritto ivi contemplato, non essendosi voluto che estendere il privilegio consacrato a favore dello Stato per la riscossione delle tasse nell'art. 89 a persone che di fronte allo Stato medesimo per volere della legge si trovano nella condizione di debitori della tassa. Sicchè è quasi come corrispettivo dell'obbligazione creata dalla legge a carico del notaio, che gli fu concesso di valersi della forma privilegiata del subingresso, tanto nel caso in cui la formalità della registrazione è adempiuta nel termine prescritto, quanto nel caso in cui non l'abbia adempiuta per fatto delle parti, che non gli abbiano fornito i mezzi per pagare la tassa di registro e sia perciò incorso in pena pecuniaria o in una sopratassa come si legge nell'ultimo capoverso dell'art. 93 dove è riservato il *regresso* per il rimborso delle pene pecuniarie e sopratasse incorse a' notai, funzionari ed ufficiali.

Segue pertanto che l'ipotesi della registrazione della scrittura privata, a cui provvede il notaio,

la parola e per lo spirito che lo informa, vada interpretato in relazione e diretto ed esclusivo rapporto col precedente art. 73; inquantochè mentre col precetto in quest'ultimo contenuto si provvede a stabilire in quali casi e da chi, tra i pubblici funzionari ed ufficiali ivi menzionati, si abbia, per ragioni d'ufficio, il dovere di registrare gli atti, e pagare le relative tasse per conto delle parti a ciò obbligate, col successivo art. 90, formante, come sopra è detto, oggetto dell'attuale disputa, tassativamente vien disposto che: « gli ufficiali pubblici e tutti coloro i quali, a termini di questa legge, avranno fatto il pagamento della tassa di registro *per conto delle parti obbligate*, si intenderanno subentrati in tutte le ragioni, ecc., e per conseguire il rimborso avranno diritto di ottenere dal Pretore, ecc. »

Per la parola e pel senso letterale, adunque, di quest'ultimo articolo in disamina, sembra più che chiaro, come esso, nel dire « gli ufficiali pubblici e tutti coloro i quali, a termini di questa legge avranno fatto, ecc. », intenda manifestamente alludere appunto a coloro tassativamente menzionati nel precedente art. 73, e tra cui son compresi i notari, però esclusivamente « *per gli atti celebrati col loro ministero*, tanto se ritenuti nei loro minutari, quanto se rilasciati in originale alle parti, nonchè per le *scritture private, le cui firme siano state da essi autenticate* », con le quali scritture perciò non è a confondere quella di cui si controverte, in quanto veniva essa invece semplicemente depositata presso il notaro Regnoni. E col significato letterale dello stesso art. 90 concorre poi lo spirito di esso, per doverlo in siffatta guisa interpretare, giacchè è evidente che, in tanto la legge ha inteso di accordare con esso, per il sollecito ricupero delle tasse pagate nell'interesse delle parti stipulanti, il subingresso nei diritti e nei privilegi del fisco con la eccezionale e specialissima procedura ivi stabilita, in quanto possa esclusivamente trattarsi di tasse di registrazione, al pagamento delle quali siano tenuti, per preciso indeclinabile obbli-

---

quando non è stato richiesto di autenticare le firme, non entra nei termini dell'art. 73, avendo la legge riservato nel successivo art. 74, l'obbligo della registrazione della scrittura privata alle parti interessate, e per tale ipotesi non vi è testo di legge, che introduce a carico del notaio un tale obbligo, manca la ragione del corrispettivo, cioè della surrogazione del notaio nelle ragioni dello Stato, nelle forme privilegiate del ridetto art. 90: per la legge sulla tassa di registro non vi è surrogazione nelle ragioni fiscali se non vi è pagamento coattivo.

Osserva il Supremo Collegio che si può consentire nella censura, che il patrocinio del ricorrente muove alla sentenza impugnata, per aver ritenuto che l'articolo 106, mentre ingiunge al notaio, dichiarandolo personalmente tenuto, il pagamento della tassa di registro nei casi ivi specificati, non gli avrebbe riservato che l'esercizio del regresso nelle forme ordinarie per conseguirne il rimborso. La Corte dedusse il suo concetto dalla diversità delle ipotesi previste dagli articoli 73 e 106 e dalla locuzione in essi rispettivamente adoperata; ma alla Corte sfuggì quello, che vi è di comune tra le due ipotesi, l'obbligo nell'una e nell'altra a carico del notaio di provvedere alla registrazione costituito per legge, che avrebbe dovuto condurla a riconoscere anche in riguardo alla seconda ipotesi la applicabilità della surrogazione nelle ragioni dello Stato e nella forma a lui dovuta, in applicazione dell'art. 90 della legge speciale,, e dell'art. 1353 numero 3 del Codice civile, di cui quello non è che che una applicazione.

Altrimenti si cadrebbe nell'inconseguenza, che, essendo tenuto il notaio per virtù del penultimo capoverso dell'art. 106 a presentare all'ufficio del registro per la registrazione contemporaneamente l'atto da lui rogato, e gli atti a lui esibiti, sforniti della registrazione, e dovendo per la sua obbligazione personale pagare le tasse di registro per l'uno e per gli altri, dovrebbero ripeterne il rimborso con due azioni di regresso, in forma privilegiata per la tassa pagata sull'atto notarile, ed in forma ordinaria per quella pagata sugli altri atti.

Per giustificare una così aperta dissonanza col concetto della legge, che non volle derogare in alcun modo alle norme regolatrici della surrogazione legale, è troppo fragile argomento la rilevata diversità nella locuzione delle due disposizioni, trattandosi di diversità formale, avendo voluta la legge nella prima occasione, che le toccò di disporre in ordine al subingresso, fissare esplicitamente i limiti e le forme, di cui lo volle circondare, e fare un richiamo in forma compendiosa in tutte le volte in cui, stabilendo un obbligo a carico del notaio o di altre persone, dichiarò di riservare loro il regresso (art. 93, 105, e 16 del testo unico).

Malgrado gli accennati errori, la sentenza impugnata sfugge al richiesto annullamento per altre considerazioni.

Al notaio Regnoni nessuna disposizione del testo unico della legge sul registro prescriveva che dovesse egli pagare la tassa dovuta sulla scrittura privata, presso lui depositata da Marco De Felice, e se pertanto non coattivamente, ma volontariamente,

go d'ufficio, i cennati funzionari od ufficiali pubblici.

D'altronde l'ipotesi, di cui al combinato disposto dei menzionati art. 73 e 90 della legge, è manifestamente affatto distinta e diversa da quella di cui tratta l'altro art. 106 della stessa legge sul registro e nella quale ipotesi rientrerebbe appunto il caso del notaro Regnoni in contestazione.

Per fermo, con quest'ultimo articolo, nel contemplarsi la differente ipotesi del notaro che inserisca in un suo atto una scrittura privata, non registrata, si fa obbligo al medesimo di pagare le tasse e pene pecuniarie, dovute relativamente agli atti inseriti, *salvo regresso*, ed è ovvio di non potersi confondere l'azione di *regresso* in parola — riflettente il rimborso delle tasse dal notaro pagate verso chi, stipulando con lui, gli abbia esibito o comunque dato in deposito un atto non registrato — con la facoltà del *subingresso* di cui all'anzicennato art. 73, stante la diversità delle ipotesi negli stessi articoli previste e della materiale locuzione in essi rispettivamente adoperata, con prescriversi tassativamente, giova ripeterlo, all'art. 73, che colui il quale abbia pagato la tassa subentra nelle ragioni del fisco, e col farsi, per contro, col cennato articolo 106, semplicemente salvo il *regresso* in guisa da non potersi questo altrimenti intendere che quale *azione di regresso* in genere, secondo le norme comuni del codice civile.

In conclusione, la Corte è convinta che, in coerenza dell'assunto affacciato in giudizio dalla Società appellante, il disposto dell'articolo 90 non possa che applicarsi unicamente per le tasse pagate ai termini del precedente art. 73, e che perciò esso non abbia nulla a vedere col fatto del Regnoni, cui per contrario, relativamente alla tassa di registro da lui nel concreto anticipata, può solo competere, pel ricupero o rimborso di essa, lo sperimento nelle forme ordinarie di un'azione di regresso se e come per legge sarà di ragione.

Donde la nullità del relativo ordine di pagamento all'uopo emesso dal Pretore di Tivoli.

---

eseguì quel pagamento non gli si può riconoscere che una ragione creditoria contro il debitore della tassa, mancando il presupposto di una surrogazione privilegiata.

Non si può invocare l'art. 106 su ripetuto, poichè questo, derogando nei riguardi del notaio al divieto generale fatto nel precedente art. 105 ad altri pubblici ufficiali di inserire e ricevere in deposito atti che dovevano essere, e non furono preventivamente registrati e di fare alcun atto in conseguenza dei medesimi, gli permette di inserire negli atti notarili atti e documenti non registrati e di procedere ad altri atti conseguenti, senza conferirgli la facoltà di riceverli in deposito, e quindi, mantenendo in ordine a questi il divieto, come a tutti gli altri pubblici ufficiali, anche al notaio, con diversità di effetti nel caso d'infrazione del divieto, poichè, quanto ai primi, pel rimborso di quello che avranno pagato per tassa e pene pecuniarie, è fatto salvo esplicitamente il regresso nelle forme privilegiate, e quanto al secondo non può essere riservato che l'esperimento di un'azione comune per la rifusione delle somme pagate, versandosi nel campo di una materia *stricti iuris*, e dove non sarebbe ammessibile per via di estensione far rientrare nei casi espressi quello non contemplato, ed attribuire parità di effetti alla situazione giuridica prevista dalla legge speciale con quella ben diversa in cui per sua volontà venne a trovarsi il notaio Regnoni prestandosi ad un atto di deposito, al quale poteva rifiutarsi pel fatto che la scrittura, che si volle depositare, era sfornita di registrazione, e che la parte, che lo richiese di quel deposito, non gli somministrava i fondi per pagare la tassa.

Rimarrebbe altrimenti senza effetto l'art. 74 quanto alle registrazioni delle scritture private ingiunto soltanto alle parti interessate, e sarebbero sconvolte, dove la legge non lo prescrisse, le regole di competenza della registrazione degli atti.

Osserva sul secondo mezzo che esso si aggira sopra una confusione di due obblighi diversi attribuiti al notaio.

Non è possibile supporre, che la legge notarile, se tra gli atti, a cui deve il notaio prestare il suo ministero, non menziona esplicitamente il deposito di atti e documenti, lo autorizzi a ricusare le sue funzioni, potendo un tal deposito servire anche all'effetto principalissimo di comprovare l'esistenza del documento od atto depositato: non da quest'obbligo si può dedurre l'altro di provvedere alla registrazione delle scritture o documenti depositati, antistando anche *de proprio* la spesa occorrente, poichè non imposto a lui dalla legge, come negli altri casi, e perciò avendo creduto opportuno di farlo il ricorrente notaio Regnoni deve contentarsi dei mezzi ordinari e comuni per ripetere il rimborso della tassa pagata, come conchiuse la sentenza impugnata, di cui neppure il secondo mezzo è idoneo a sorreggere il richiesto annullamento».

Cfr. sull'argomento, benchè non si tratta di casi eguali a quello contemplato dalla sentenza in commento, la stessa Cass. Roma nelle decisioni 9 giugno 1894 e 21 giugno 1896, *Legge* 1894, 2, 692, e 1896, 1, 328.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

10 gennaio 1907, n. 3

Cardona, *Pres.* — Marcucci, *Est.*

Rampa (avv. *A. Peverelli*) contro Finanze (avv. erariale *Carbonelli*).

La distinzione fra « atti d'impero » e « atti di gestione », al fine di dedurne la irresponsabilità dello Stato per gli atti d'impero, non è conciliabile col carattere e con l'organizzazione dello Stato moderno (1).

Del resto, anche a voler ammettere tale distinzione, è indubbio che, se l'atto d'impero sia illegale ovvero lesivo di un diritto civile o politico, compete a chi da quell'atto fu leso l'azione giudiziaria per reclamare il risarcimento del danno (2).

Quindi, lo Stato è responsabile per l'operato illegittimo de' suoi agenti (nella specie, guardie daziarie) quand'anche gli atti posti in essere da costoro possano ritenersi per atti d'impero (3).

La Corte ecc. — Considera che, sebbene il Tribunale, nel dar ragione della dichiarata improponibilità dell'azione promossa dall'appellante, non abbia creduto esplicitamente accettare, nè respingere la contrastata distinzione fra *atti d'impero e atti di gestione*, tuttavia debba convenirsi che l'impugnata decisione non trova fondamento se non in questa distinzione.

Infatti dalle premesse che nella specie non si trattasse di un vero e proprio atto amministrativo e che lo Stato nell'esazione delle imposte e nel prevenire e reprimere le frodi e le contravvenzioni adempia ad una funzione essenzialmente politica, non era dato trarre la illazione della irresponsabilità dello Stato medesimo per gli atti illegittimi o colposi dei suoi agenti, se non ammettendo la distinzione fra lo Stato *persona giuridica* quando compia atti amministrativi o patrimoniali, e lo Stato *ente politico*, allorchè agisca nell'interesse generale per una funzione sociale e politica.

Ora codesta distinzione, tuttochè suffragata dall'autorità di qualche insigne giurista ed accolta in parecchie decisioni, anche di Supremi Collegi, non sembra alla Corte conciliabile col carattere e con l'organizzazione dello Stato moderno.

Ed invero se nel regime assoluto riusciva assai facile tracciare i confini tra lo *jus imperii e lo jus gestionis*, in quanto l'interesse dello Stato, ch'era invece interesse personale del Lavoro, non poteva confondersi con quello della Società di cui egli era ad un tempo membro e reggitore, ogni sforzo di pensiero e di linguaggio per conservare quella distinzione sarebbe vano di fronte alle visibili incertezze ed alle inevitabili difficoltà di applicarla sotto l'attuale regime, dove la personalità giuridica dello Stato è unica ed inscindibile, in quanto che, sia che agisca ponendo in essere rapporti patrimoniali, sia che compia atti di diritto pubblico, non spiega la sua attività che a scopo eminentemente politico e nell'interesse generale della collettività.

Inoltre l'antica distinzione fra atti di gestione ed atti d'impero, al fine di dedurne la

---

(1) Meno male! Ecco una sentenza che ci soddisfa completamente, buttando a mare la vieta e pericolosa distinzione fra atti di gestione ed atti d'impero. Della nostra lotta contro siffatta distinzione trovansi più traccie in questo periodico (anno 1905, pag. 430, nota, ed anno 1906, pag. 406, nota).

Del resto, dice bene la sentenza che commentiamo: pure in occasione di atti d'impero può incontrarsi una responsabilità, rilevabile dall'autorità giudiziaria. E questo già ebbe a dire la Cass. Roma 31 dicembre 1906, est. SPIRITO (*Riv. univ.*, 1907, 1, 57), così esprimendosi: « Quando il caso portasse che la autorità amministrativa, pur esplicando le sue funzioni d'impero, trascendesse i limiti prefiniti alla sua attività, o, pur rimanendo in essi, trascurasse le forme ad essa segnate, le quali sono insieme regola e garanzia di giustizia, e nell'uno o nell'altro modo venisse ad offendere comecchessia un diritto del privato, ben potrebbe allora l'autorità giudiziaria, custode e vindice dei diritti dei cittadini, prendere in esame l'atto od il provvedimento e giudicare in conformità di legge sulle istanze da questi proposte, senza urtare nel principio della divisione dei poteri ».

Si vegga anche la bella decisione dell'A. Ancona 23 gennaio 1907, est. MORTARA (*Foro ital.*, 1907, 1, 163), con la quale decisione veniva confermata nella sostanza, non nella forma, l'altra dell'A. Roma 11 luglio 1905, in questa Raccolta, 1906, pag. 411.

Il fatto che ha dato luogo alla causa tra il Rampa e le Finanze dello Stato è così grave che vale la pena di accennarlo, anche perchè non si stigmatizzerà mai abbastanza il modo in cui sogliono adempiere al loro ufficio certi agenti pubblici.

irresponsabilità dello Stato per questi ultimi, non avrebbe più ragione di mantenersi dopo la legge 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo, la quale, sanzionando il principio fondamentale della guarentigia giurisdizionale di tutti i diritti subbiettivi pubblici e privati, deferiva al magistrato la cognizione di tutti gli atti amministrativi, in quanto coi medesimi fossero stati lesi diritti subbiettivi.

E' risaputo infatti che, per gli art. 2 e 4 della citata legge, all'autorità guidiziaria sono deferite tutte le materie nelle quali si faccia questione di un « diritto civile e politico » comunque possa esservi interessata la pubblica amministrazione, ed ancorchè siano emanati provvedimenti dal potere esecutivo e dall'autorità amministrativa, coll'obbligo in questo caso di non revocare nè modificare l'atto amministrativo, quantunque abusivo ed illegale, e limitarsi a giudicare solo dei suoi effetti in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

Dal che appare manifesto che l'autorità giudiziaria non avrà competenza a revocare e modificare atti amministrativi, ma non le mancherà a giudicare della legalità o meno degli atti stessi e della lesione del diritto, che in ogni caso ne sia effetto, potendo anzi queste dichiarazioni giudiziarie aver per iscopo non solo un risarcimento di danno, ma pure quello di formare base del ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali debbono conformarsi al giudicato dei tribunali.

Nè si ha ragione di obbiettare che gli atti amministrativi, di cui si occupa il citato articolo 4, non comprendano nè possano assimilarsi agli atti che gli organi dello Stato compiono nello esercizio dei poteri inerenti alla essenza dello Stato od alla sovranità e nell'interesse pubblico e sociale. Perocchè l'interpretazione restrittiva, che in tal modo verrebbe a darsi a quella disposizione, non sarebbe conforme nè alla lettera, nè allo spirito di essa.

Non alla lettera, perchè l'art. 2 della ridetta legge, devolvendo alla giurisdizione ordinaria dei magistrati *tutte* le materie nelle quali si faccia questione di diritto civile o politico, in confronto della pubblica amministrazione, e ancorchè si siano emanti provvedimenti del potere esecutivo, manifestamente comprende nella sua formola tutti i diritti che le leggi dello Stato niuna esclusa riconoscono al privato, e non autorizza alcuna limitazione rispetto agli atti della publica amministrazione, cioè dello Stato, lesivi di quei diritti.

Non allo spirito della legge, avvegnacchè, se non può revocarsi in dubbio che lo Stato e gli enti pubblici sono persone giuridiche; se essi vogliono e la loro volontà è operativa di effetti; se la stessa volontà può presentarsi come ingiuriosa in quanto manometta diritti soggettivi già validamente costituiti per il riconoscimento effettuato dal diritto obbiettivo; se ogni violazione di diritto porta seco come inevitabile conseguenza l'obbligazione civile del risarcimento, non saprebbe proprio comprendersi per quale motivo debbano essi andare immuni da responsabilità allorchè si facciano direttamente contro il diritto, ed infrangano diritti subbiettivi privati e pubblici nel senso più lato.

Nel 3 settembre 1904, verso le ore 16, il Rampa, insieme con la moglie, il figlio ed un garzone, veniva a Roma su di un proprio carretto, portando a vender gli erbaggi al mercato, come era solito fare.

Ad un tratto in via Appia Nuova, fuori Porta San Giovanni, sbucano da una siepe due sconosciuti, armati di rivoltella, i quali intimano alla comitiva di arrestarsi.

Il Rampa, credendo di aver che fare con degli aggressori, tentò di saltare a terra dal carretto, mentre gli sconosciuti afferrarono l'uno le stanghe e l'altro la parte posteriore del carretto medesimo.

Nacque, naturalmente, una mischia, in seguito alla quale il veicolo ribaltò e ne caddero malamente il Rampa e gli altri, tra cui la moglie del Rampa, che rimase gravemente ferita.

In presenza di tanta disgrazia gli sconosciuti si allontanarono precipitosamente per la via di Albano Laziale, e il Rampa riuscì con grande fatica a rimettere la moglie sul carretto e a trasportarla in Roma all'ospedale di S. Antonio, dove essa di lì a qualche tempo morì.

Per la pronta denuncia, fatta dal Rampa ai carabinieri la sera stessa dell'aggressione, si venne a sapere che i due sconosciuti erano nientemeno due guardie di finanza in borghese, le quali avevano sospettato che il Rampa esercitasse un traffico clandestino di carne macellata.

Il Rampa, quindi, citò l'Amministrazione finanziaria ritenendola responsabile del procedere veramente brigantesco dei propri agenti.

volta. Questo sarebbe il capoverso lettera *d* che dispone: «Se la spropriazione si trovasse già iniziata da altri creditori, l'istituto avrà diritto di farsi surrogare nel procedimento, quantunque non vi fosse motivo di negligenza, sottoponendosi però all'obbligo di procedere anche per la maggior quantità di beni stati compresi nel precetto che dà luogo alla surrogazione ». Si dovrebbe ammettere che la legge in favore dell'istituto abbia, anche derogando alla condizione fondamentale dello art. 575, accordato il diritto della surroga, ma per privarlo al tempo stesso di tutti gli altri privilegi;

Che, a sostegno della loro tesi, invano i ricorrenti traggono argomento dalla modificazione apportata allo art. 23 della citata legge dall'art. 15 della successiva legge 4 giugno 1896, che dà facoltà all'istituto di surrogarsi nella precedente esecuzione, limitatamente ai beni a suo favore ipotecati, e di non comprendervi la maggiore quantità di beni cui la precedente esecuzione si riferisce. Anzitutto il procedimento di cui si tratta si svolse e si esaurì sotto l'impero della legge del 1885, e quindi nessuna influenza retroattiva potrebbe su di esso spiegare la nuova legge del 1896. Ma, pur di questa discutendo, come di semplice argomento d'interpretazione, non ha alcuna consistenza lo scopo che i ricorrenti attribuiscono alla nuova legge, cioè di conservare all'istituto il privilegio, di cui allo art. 23 della legge 1885, che altrimenti avrebbe perduto, se avesse avuto l'obbligo di rivolgere la procedura anche a fondi ad esso non ipotecati, mentre è assai più ovvio il ritenere che la legge sempre per il favore verso gli istituti di credito, edotta dalla esperienza, che sovente le controversie suscitate nel corso dell'espropriazione per immobili, ad esso non ipotecati, intralciassero il conseguimento del suo credito, abbia per tali casi convertito in facoltà ciò che era stato un obbligo imposto;

Che neanche ha valore l'obbiezione, che cioè, trattandosi di disposizione di diritto singolare, come quella che accorda forme privilegiate di procedura agli istituti di credito fondiario, onde conseguire il soddisfacimento dei loro crediti sul prezzo dei fondi ai medesimi ipotecati, non la si possa applicare estensivamente alla subastazione d'immobili sui quali non hanno ipoteca. Vuolsi in contrario osservare che quelli che si sogliono chiamare privilegi dei detti istituti nella realtà non costituiscono che il loro modo di essere. Invero lo scopo altamente economico e sociale di codesti enti ha giustificato l'intervento del legislatore, il quale, onde assicurarne il conseguimento, li ha circondati di tutte quelle garanzie che si sono riconosciute necessarie al loro funzionamento, per modo che i privilegi cosidetti, lungi dall'essere determinati dalla ipoteca sui fondi, sono la norma e la regola delle loro azioni. Se pertanto l'istituto, nello esercizio del diritto di surroga a precedente esecuzione, ha obbligo di comprendere nella espropriazione altri immobili ad esso non ipotecati, non può agire che con la norma che attiene all'istituto stesso, di guisa che sarebbe vera l'opposta affermazione che, se la legge, nel caso di surroga e per la esecuzione sopra altri fondi, avesse voluto privarlo del privilegio delle sue forme processuali, avrebbe dovuto espressamente dichiararlo. Per ciò stesso viene meno qualsiasi valore all'altro argomento di analogia che si vorrebbe ricavare dalla espressa dichiarazione che in materia di esazione di imposta è contenuta nell'art. 65 della legge 23 giugno 1897, il quale, concedendo all'esattore la surroga nella esecuzione mobiliare o immobiliare da altro creditore iniziata, formalmente soggiunge di poterla proseguire con le forme e le norme della legge speciale;

Che non è meno insussistente l'altra violazione, dedotta con lo stesso primo mezzo, dell'art. 16 della citata legge, il quale dispone che i successori universali e particolari del debitore debbono notificare giudizialmente all'istituto la morte del debitore, e per virtù di siffatta notifica l'istituto procederà contro di loro nel modo stesso come avrebbe proceduto contro l'originario debitore, e che, in mancanza di tale notificazione, le iscrizioni già prese hanno l'effetto che gli atti tutti possono essere diretti contro il debitore iscritto, quantunque abbia cessato di vivere. Assumono i ricorrenti che tale disposizione contraddice alla forma speciale di simili notificazioni in rapporto ai fondi non ipotecati all'istituto, in quanto si sia considerata come un effetto della iscrizione, e quindi non possa avere luogo quando manchi l'ipoteca iscritta. Ma siffatto argomento perde ogni valore, se si considera che l'art. 16 della legge debba porsi in relazione al contratto a cui si riferisce e che quindi si sia preveduta la ipotesi normale del contratto di mutuo stipulato e dell'ipoteca

conceduta dal mutuatario all'istituto, senza l'intendimento di volere escludere il privilegio procedurale, se si tratti d'immobili non ipotecati. Ciò che poi risulterebbe manifesto, se si volesse, come fanno i ricorrenti, chiarire il concetto della legge con la nuova dizione dell'art. 6 della successiva legge 4 giugno 1896, che, eliminando le parole « le iscrizioni prese hanno l'effetto » dispone così: « in mancanza di tal notificazione, gli atti giudiziali possono essere diretti contro il debitore iscritto »;

Attesochè, più di tutti, è infondato il terzo ed ultimo mezzo, col quale si afferma di aver sempre errato la Corte di merito, riconoscendo validi gli atti di notificazione, inquantochè, per effetto della morte del debitore Francesco Pasquale Cordopatri seniore, cessato il mandato al procuratore, si era nel caso di mancanza di un procuratore costituito, donde l'obbligo della notificazione al domicilio eletto nell'istrumento di mutuo. Ma egli è evidente come incorrano in aperta petizione di principio, poichè, se essi concedono in ipotesi la estensione dei privilegi procedurali anche ai fondi non ipotecati, non può la costituzione di procuratore venir meno, se non quando, ottemperandosi all'art. 16 della citata legge, sia stata notificata all'istituto la morte del debitore;

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

16 febbraio 1907 n. 113

Caselli *Pres.* — Cannas *Est.*

Ricci-Bitti (avv. *A. L. Ferreri*) contro Lega (avv. *L. Matteucci* e *D. Manzoni*).

Il divieto della prova testimoniale, ove gli interessi, riuniti al capitale, superino le lire 500, vale soltanto per gli interessi stipulati espressamente in una convenzione, mentre gl'interessi legali, come son quelli dovuti dal giorno della scadenza di una cambiale, sian essi moratori o correspettivi, non si sommano col capitale ai fini dell'art. 1342 *cod. civile* (1).

La Corte, a *Sezioni unite*, ecc. — La questione devoluta col primo mezzo alle Sezioni Unite verte sulla interpretazione dell'art. 1342 cod. civ., che fa rientrare nel divieto della prova testimoniale le dimande del capitale e degli interessi se questi, riuniti al capitale, danno un totale eccedente le lire 500.

La giurisprudenza e la dottrina prevalenti giustamente riferiscono ai soli interessi convenzionali il cumulo voluto dall'art. 1342: questo articolo va inteso in rapporto al precedente 1341, il quale implicitamente riconosce che (per quanto incontestati i maggiori pregi della prova scritta) il divieto della prova testimoniale sarebbe *ingiusto* se non venisse circoscritto alle convenzioni (perchè solo in rapporto alle convenzioni possono le parti precostituirsi la prova scritta), *vessatorio* se lo si estendesse alle innumeri contrattazioni di valore non rilevante che si susseguono incessanti nei rapporti quotidiani.

Tale divieto, come restrizione alla libertà della prova, va strettamente interpretato; così dicasi dell'art. 1342, il quale non mira ad estendere il divieto, ma ad impedirne la indiretta violazione, e a fissare la portata della convenzione.

Della *convenzione*, che ne fissa la decorrenza e la cifra, fanno parte, accrescendone il valore, gli interessi *convenzionali*. Quel valore è determinato con riguardo al momento in cui la convenzione viene consentita, perchè in quel momento sono le parti tenute a procurarsi la prova scritta. Quando, invece, non si pattuiscono interessi, non vi ha ragione di obbligare il creditore a regolarsi come se la inadempienza del debitore fosse certa e a calcolare gli effetti di tale inadempienza.

---

(1) Il Supremo Collegio di Roma ebbe ad occuparsi altra volta di questa causa. Allora, con decisione 2 febbraio 1905, est. NATALE (*Temi*, 1905, 161), gli interessi della cambiale, di cui si tratta, erano stati addizionati col capitale per negare la ammissibilità della prova per testi: oggi questo errore viene corretto dalle *Sezioni unite*, su conformi conclusioni del P. M., rappresentato dall'illustre senatore QUARTA, conferendosi maggiore autorità alle considerazioni già espresse sull'argomento in un'altra decisione, quella 8 giugno 1906, in causa Piras c. Deriu (nella presente Raccolta, anno 1906, pag. 400, con nota).

Veggasi quel che la dotta Direzione della *Temi* scrive a commento della sentenza che pubblichiamo (annata corrente, pagina 191).

giore importanza, l'assemblea dei soci non credesse conveniente d'insistere nelle altre modificazioni dello Statuto sociale.

Nel merito il reclamo dev'essere respinto, poichè il diritto di recesso che la legge concede ai soci dissenzienti nel caso che la maggioranza deliberi la fusione della società con un'altra, la reintegrazione o l'aumento del capitale sociale o il cambiamento dell'oggetto della società, essendo stabilito per alte ragioni di ordine pubblico, ossia a difesa dei legittimi interessi delle minoranze, non può evidentemente venir soppresso nè nell'atto costitutivo, nè molto meno con deliberazione posteriore. Se si ammettesse, infatti, la soppressione del diritto di recesso per voto di maggioranza, si verrebbe a quest'assurda conseguenza, che il legislatore, il quale volle difendere gl' interessi della minoranza dai possibili abusi della maggioranza, in caso che questa deliberasse di modificare sostanzialmente il modo di vivere, lo scopo o il capitale della società, in realtà poi non avrebbe difeso nulla, essendo rimessa alla volontà stessa della maggioranza la conservazione o l'abolizione di tale difesa. La tesi, adunque, sostenuta dalla reclamante Banca, è in aperta contraddizione allo spirito della legge. Ed è anche in contraddizione alla lettera di essa, poichè il penultimo capoverso dell'art. 158 del Cod. di commercio, mentre consente che nell'atto costitutivo si possa esplicitamente o implicitamente rinunziare al diritto di recesso, in caso di prorogazione della durata della società, non accenna invece affatto alla possibilità di tale rinunzia negli altri casi in cui il diritto di recesso compete (fusione con altra società, reintegrazione o aumento del capitale sociale, cambiamento dell'oggetto della società).

Ora, è noto che *inclusio unius est exclusio alterius*. Del resto, ammessa pure in ipotesi la tesi della reclamante, non è nemmeno esatto che l'art. 11 dell'atto costitutivo della Banca Laziale, con cui si autorizzava l'aumento del capitale sociale « per deliberazione dell'assemblea nella quale fosse rappresentata almeno la metà delle azioni », non avesse altro scopo ed altra portata che quella di negare in detta ipotesi il diritto di recesso, perchè, a prescindere dalla possibilità che in uno Statuto sociale si leggano disposizioni inutili che riproducano perfettamente le prescrizioni di legge, nella specie la ragione e lo scopo dell art. 11 deve ravvisarsi in ciò, che si riconobbe bastevole per la legalità dell'assemblea nei casi previsti dall'art. 158 del Cod. di commercio la metà degli azionisti, invece dei tre quarti richiesti dalla legge.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

5 febbraio 1907 n. 30

Spaziani, *Pres.* — Carcani, *Est.*

Colajacomo (avv. *G. Marino*) contro Colabucci (avv. *A. S. Martorelli*).

Per le azioni commerciali (nella specie, azione cambiaria) perdura il corso della prescrizione, stabilita dal Codice di commercio, secondo l' indole dell'azione, quand'esse abbiano dato luogo a sentenze ancora suscettive dei rimedi ordinari o straordinari; ma alla prescrizione commerciale subentra la prescrizione civile di trent'anni, quando la sentenza di condanna pel credito commerciale costituisce perfetta cosa giudicata (1).

Dato il caso che in un pignoramento presso terzi, a base di titolo contrattuale (nella specie, cambiale), siasi profferita la sentenza di assegnazione, e questa sia passata poscia in giudicato, è ancora ammissibile una opposizione del debitore o del terzo pignorato per il motivo d' inesistenza del credito pel quale si procedette? (questione non risoluta espressamente) (2).

---

(1) E' questa la sentenza che abbiamo promesso di pubblicare, a pag. 66 della corr. annata, dove può leggersi la conforme decisione 24 novembre 1906 della Cass. Roma.

La nostra Corte d'appello conferma, sul principio che inspira la massima sovratrascritta, la propria anteriore giurisprudenza (dec. 4 agosto 1906, est. MENICHINI, in questa Raccolta, 1906, pag. 421, seguita da una breve nota illustrativa.

Cfr., da ultimo, A. Cagliari 13 settembre 1906, *Giur. tor.*, 1906, 337.

(2) Ritenne l'affermativa, *nei rapporti però del debitore pignorato*, il Trib. civ. Roma 30 novembre 1903, est. FERRARO (in questa Raccolta, 1904, pagina 88-89), seguendo l'avviso già manifestato in proposito dalla Cass. Torino 7 agosto 1902 (*Foro ital.*,

La Corte, ecc. — La questione si restringe all'esame se sia applicabile al caso la prescrizione cambiaria di cinque anni, trattandosi di un debito, derivante da cambiale, ovvero la trentennaria applicabile all'azione *ex judicato*. Ma la disputa, fino a qualche tempo indietro incerta, è stata ora con sani criteri giuridici definita dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel senso che per le azioni commerciali perdura il corso della prescrizione stabilita dal Cod. di commercio secondo l'indole dell'azione, purchè si tratti ancora di sentenze suscettive dei rimedi ordinari o straordinari, ma alla prescrizione commerciale subentra la prescrizione civile di trenta anni, quando la sentenza di condanna pel credito commerciale (nella specie, credito cambiario) costituisce perfetta cosa giudicata.

E difatti, abbandonato il principio della novazione che si attribuiva al giudicato secondo le leggi romane, basta considerare l'indole dell'azione che deriva dal titolo commerciale per ritenerla ben diversa da quella derivante dal giudicato.

Il titolo che costituisce il vincolo giuridico civile o commerciale dà al creditore l'azione *ad petendum* nella quale si discute sul titolo, sulla sua efficacia, sui diritti e doveri da tutelare e da adempiere, e, se il titolo è commerciale, si applicano tutte le norme di diritto e di procedura commerciale in conformità alla azione. Quest'azione dura per tutto il giudizio, anche quando siano state pronunciate sentenze incidentali, od anche definitive, fintantochè esiste la materia commerciale contenziosa, sia avanti lo stesso giudice, sia anche avanti i Tribunali superiori.

E di fatto anche in appello, in cassazione e nel giudizio di rinvio (se ha luogo) l'oggetto della lite è sempre l'esercizio di una azione commerciale, derivante dal titolo, da cui l'azione prende vita.

Quindi permanendo il titolo e l'azione commerciale, la prescrizione della sentenza segue l'indole dell'azione non ancora completamente discussa e definita. Ma quando la sentenza definitiva è divenuta cosa giudicata, ogni controversia sull'azione commerciale è esaurita, e non può più tornarsi a discutere sul titolo, ostandovi la cosa giudicata, e se non può rivivere l'azione, non può rimanere in vita la prescrizione commerciale propria dell'azione già sperimentata, il cui titolo ha avuto già la piena esecuzione.

L'azione *ad petendum* è completamente estinta e la cosa giudicata dà vita ad una nuova azione, quella cioè ad *exequendum*. E quest'azione, comunemente detta *actio judicati*, proviene non dal codice di commercio o da altre leggi speciali, ma essenzialmente dalla legge civile comune, la quale fa sì che non più in forza del titolo originario, ma in

---

1902, 1, 1376). Tuttavia, è agevole persuadersi che una simile tesi è completamente sbagliata. Il professor MORTARA ha messo a nudo, da pari suo, l'errore che travaglia la tesi stessa (*Commentario del Cod. e delle leggi di prov. civ.*, vol. II, n. 451 — e *Giur. ital.*, 1903, 1, 1, 83). In sostanza egli ragiona così: Nel procedimento di assegnazione di somme pignorate presso terzi, le parti in causa sono il creditore pignorante, il debitore pignorato e il terzo pignorato. Se il debitore pignorato non interviene all'udienza, ciò non significa ch'egli non contesti il debito perchè è dottrina comunemente ricevuta che la contumacia equivalga ad opposizione o almeno a non annuenza alle istanbe avversarie. Or come si può ammettere che chi fu parte diretta in un giudizio, e contestò le domande rivoltegli contro ovvero non seppe nulla eccepire alle domande medesime, possa insorgere avverso la sentenza, passata in cosa giudicata, che assegnò al creditore le somme delle quali a lui era debitore il terzo pignorato?

Non si è discusso in detto procedimento di assegnazione — osservano gli avversari — se il credito, in base a cui il pignoramento avvenne, fosse o no esistente, e quindi la sentenza d'assegnazione non fa stato su questo punto e da essa, *rebus sic stantibus*, non può mai nascere l'*actio rei judicatae*. No, rispondiamo noi; se è vero che l'assegnazione della cosa altrui non può farsi dal magistrato a chi non è creditore pignorante, o, in altre parole, se è vero che l'assegnazione è figlia dell'esistenza del credito, come si fa a negare che il magistrato, statuendo sull'assegnazione, ha implicitamente sì, ma effettivamente statuito sull'esistenza del credito in colui che procedette al pignoramento prezzo terzi? Del resto, non importa, poi, affatto che il debitore pignorato non abbia contestato *con eccezioni* il proprio debito. Anche in un semplice giudizio di pagamento il debitore, se non compare, nemmeno è in grado di avanzare eccezioni contro il titolo in base al quale gli si chiede il denaro, nè il giudice può sollevarle di ufficio; eppure, se la relativa sentenza passa in cosa giudicata, non è dubbio che al debitore è precluso per sempre l'adito a sperimentare le eccezioni medesime. Perchè dovrebbe accadere diversamente nel giudizio di pignoramento

forza della sentenza del giudice si possa conseguire con la esecuzione forzata *quod sibi debetur*. E se la cosa giudicata può talvolta formare titolo per un'azione *ad petendum*, questo titolo produce sempre l'azione *ex judicato*, che è poi legge ineccepibile (art. 1352 cod. civ.), non l'azione derivante dal titolo primitivo, che si è per virtù di legge trasfuso nella sentenza di condanna.

La questione della permanenza della prescrizione commerciale può rimanere integra quando si proceda in forza di un atto contrattuale (come per la cambiale) quale titolo esecutivo, purchè non sia intervenuta una sentenza del giudice che abbia posto fine alla contesa sull'azione commerciale o cambiaria, giacchè allora il titolo che si eseguisce è l'atto o contratto commerciale che può essere impugnato, e così dar vita ad un giudizio commerciale. Ma, quando il titolo ha servito per l'esperimento dell'azione, sia che si fosse agito con la procedura ordinaria per mezzo della citazione in giudizio, sia per mezzo di opposizione al titolo stesso, allora vi è stato sempre l'intervento del magistrato che, o in via di azione, o in via di eccezione, conobbe già del titolo commerciale e la sentenza che risolve le eccezioni sul titolo esaurisce sempre l'azione *ad petendum* che non può più riprodursi e si forma l'*actio judicati* che è di sua natura civile, qualunque sia il titolo da cui deriva.

Ciò posto, è indubitato che il Dall'Ogna sostenne in contestazione del Colajacomo la opposizione da questi proposta contro l'azione cambiaria, la quale fu per ragioni di merito conosciuta e decisa con la sentenza del Tribunale di Velletri 2-13 giugno 1894, che passò in perfetta cosa giudicata per non essersi proposto alcun gravame nei termini legali dopo la notifica eseguita li 26 ottobre 1894.

Ora, contro l'efficacia di questa sentenza, non poteva più decorrere la prescrizione commerciale o cambiaria, poichè nessuna azione od eccezione commerciale era più possibile, rimanendo soltanto l'azione esecutiva *ex judicato* che è civile e trentennaria.

Difatti quando Egbert Welby procedette al pignoramento presso il Colajacomo debitore del Dall'Ogna non pignorò il credito cambiario, ma un credito sanzionato e reso indiscutibile per effetto del giudicato. Ed il Colajacomo nella sua dichiarazione si riferiva alla sentenza che respinse la opposizione, che erroneamente diceva non essergli stata notificata, mentre era già anche passata in giudicato. Aggiungeva, anzi, che avrebbe completato la sua dichiarazione quando gli sarebbe stata notificata la sentenza, completamento che non fu necessario perchè fu dimostrato che la sentenza era stata notificata, e il debito del Colajacomo risultava non dalla cambiale, ma dalla sentenza passata in giudicato, e l'assegnazione fu fatta dal pretore in base alla sentenza stessa.

---

presso terzi? Non è in esso parte in causa il debitore? Può questi contraddire alla domanda, con cui gli si colpiscono i beni giacenti presso altri? Perchè, invece, ama di non difendersi? Perchè lascia passare in giudicato la sentenza che lo spoglia di detti beni? Oh!, per bacco, bisogna essere illogici o caparbi, se si nega che la sentenza di assegnazione così ottenuta, così passata in cosa giudicata, abbia potere di precludere ulteriormente l'adito ad impugnare l'esistenza del debito, la quale esistenza appunto ha fatto sì che l'assegnazione potesse avvenire!...

Dunque la tesi che noi sosteniamo è addirittura incontrovertibile e mira, per di più, a tenere alto il prestigio del magistrato, il quale, secondo gli avversari, non sarebbe, nell'assegnare le somme pignorate presso terzi, se non un semplice notaio o meglio un semplice manichino. Monna giurisprudenza, quante se ne debbono sentire nella tua instabile giurisdizione!....

Quanto all'altra tesi (pur sostenuta nella causa che ha dato luogo alla sentenza che commentiamo), quanto alla tesi, cioè, che il terzo pignorato può opporre la prescrizione al creditore pignorante, noi non crediamo che la si prenda sul serio. La prescrizione corre sempre tra debitore e creditore, ossia tra persone legate da un rapporto, qualunque esso sia. Nel caso, la prescrizione opposta sarebbe quella del rapporto stretto con la creazione della cambiale, ma il terzo pignorato è stato totalmente estraneo a tale rapporto; e quindi, come gli si può concedere di eccepire la prescrizione di un rapporto che non lo riguarda?

Il rapporto sorge in seguito all'assegnazione, e sorge appunto in forza della sentenza che consacra l'assegnazione medesima. Questo nuovo rapporto veramente unisce e creditore pignorante e terzo pignorato, ma, poichè è un rapporto stretto per sentenza, il terzo pignorato, che pretendesse di essersene sciolto in virtù della prescrizione, dovrà attaccare la sentenza di assegnazione, e niente altro che questa sentenza, la quale però, passata in giudicato, genera un'azione speciale, non prescrivibile che in trent'anni. *a. s. m.*

Laonde nè contro l'azione esecutiva derivante dalla sentenza del Tribunale di Velletri 7-13 giugno 1894, nè contro quella di assegnazione pronunziata dal pretore di Valmontone 6 agosto 1895, poteva decorrere la prescrizione dell'azione cambiaria già esaurita, ma quella civile di 30 anni ordinaria per le azioni *ex judicato*.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

16 luglio 1906 n. 1505

Tempestini *Pres.* — Leccadito *Est.*

D'Agostini (avv. *T. Vecchiarelli*) contro Silvestroni (avv. *A. S. Martorelli*) e Di Capua (avv. *S. Piperno*).

Quelle che il legislatore chiama sentenze di vendita sono vere e proprie sentenze ed avverso le medesime non è consentita l'azione di nullità dinanzi allo stesso Tribunale che ebbe a pronunziarle (1).

Il Tribunale ecc. — Osserva che, a sostegno della eccepita nullità della espropriazione eseguita ad istanza della Silvestroni, si deduca dalla difesa del D'Agostini la irregolarità della notifica della sentenza 12-16 marzo 1894, che autorizzava la vendita degli immobili precettati, e del bando relativo 2 luglio detto anno, per avere l'ufficiale giudiziario incaricato della notifica stessa violato le norme degli art. 666 ult. capov., 668, 385 alinea terza, 135 e 139 del Cod. di proc. civile. Che le impugnative siano quindi più specialmente dirette contro gli atti della procedura esecutiva, precedenti la aggiudicazione in favore del Di Capua, ma dal tenore delle conclusioni spiegate in comparsa e nell'atto introduttivo della lite sorge evidente che le medesime investono in sostanza anche l'intrinseca efficacia giuridica della sentenza di aggiudicazione 3 agosto 1894, domandandosi appunto dal D'Agostini la restituzione degli immobili aggiudicati allo stesso Di Capua e dei frutti indebitamente percetti. Che l'assunto dell'attore riporti, quindi, necessariamente al giudizio del Collegio una delle questioni, più vivamente agitate nella dottrina e nella giurisprudenza, se cioè la pronunzia di aggiudicazione, oltre a quelli estrinseci, abbia anche i caratteri intrinseci di una sentenza vera e propria, e se in conseguenza non siano consentiti dalla legge, contro la medesima, altri rimedi, oltre quelli tassativamente indicati nell'art. 465 del Codice di rito.

Al Collegio non sembra opportuno, anche per ragione che attengono all'economia della sentenza, ricordare la lunga serie delle argomentazioni addotte a sostegno dell'una e dell'altra tesi; esporrà, quindi, il suo pensiero con quell'ampiezza necessaria soltanto a dare i motivi della sua decisione.

Ed osserva, anzitutto, che la teorica, la quale nega alla pronuncia relativa all'aggiudicazione, la intrinseca natura giuridica di una sentenza vera e propria e ritiene possibile in conseguenza l'esercizio, contro la medesima, dell'azione ordinaria di nullità, procede da un'erronea parificazione, dal riflesso, cioè, che l'incanto e la successiva attribuzione del fondo, su cui esso volge, al maggior offerente concretino la sostanza di un contratto, che non si discosta dalle ordinarie convenzioni private, se non per le modalità che l'accompagnano, per la specifica circostanza che esso segue innanzi al magistrato, e non le forme e le garanzie proprie dei procedimenti giudiziali.

Che l'erroneità di tale parificazione si renda manifesta, ove si consideri che a siffatta costruzione teorica di un contratto di vendita giudiziale fa difetto un elemento essenziale, il consenso di una delle parti contraenti, cioè

---

(1) Con questa sentenza il Tribunale locale ha pienamente accettata la tesi svolta dal nostro direttore avv. A. S. MARTORELLI nello studio pubblicato sulla Raccolta presente, anno 1906, pag. 325-329. Un avviso conforme ebbe già a manifestare l'A. Roma 2 giugno 1906, a commento della qual decisione fu dettato cotesto studio dell'avv. MARTORELLI, studio cui tenne dietro, battendo l'eguale strada, l'altro di N. NATALI col titolo *Se l'atto di deliberamento all'incanto sia una sentenza vera e propria* (in *Riv. univ.*, 1906, 1, 369-375).

Ricordiamo, ad utilità dei lettori, che la tesi in disputa ha incontrato anche il gradimento dell'ottima direzione della *Giurisprudenza italiana* (anno 1906, 1, 2, 624, nota) e che l'opinione secondo cui l'atto di vendita all'incanto non è una *sentenza*, ma un *verbale* od un provvedimento di speciale natura racchiudente un *contratto*, è dimostrata erronea anche dal MONTANI, in *Foro italiano*, 1907, 1, 285, al n. IV della nota ivi apposta ed intitolata *Diritti ed azioni spettanti al creditore ipotecario non notificato del bando*.

del debitore espropriato, consenso che bisogna supporre, come in effetti inesistente, con una finzione che è un assoluto contrasto con la realtà. Che l'idea del contratto debba, dunque, respingersi nel sistema del diritto vigente, comechè conciliabile soltanto con forme storiche omai tramontate, in ispecie con la *cessio bonorum*, che il progresso del diritto volle talvolta, per ragioni evidenti di equità, sostituire alla *bonorum venditio*, e mercè cui il debitore incolpevole evitava l'infamia e conseguiva un beneficio, quello, cioè, di non essere privato delle ultime risorse della sua esistenza.

Che dalle fatte considerazioni possa, dunque, trarsi il logico corollario che contro la sentenza di aggiudicazione non sia in ogni caso possibile l'esercizio dell'azione di nullità che la legge consente a presidio soltanto delle relazioni giuridiche intercorrenti fra i privati.

Che maggior valore non abbiano le altre argomentazioni addotte a sostegno della tesi che la pronuncia relativa all'aggiudicazione non abbia i caratteri intrinseci, cioè il contenuto sostanziale di una sentenza vera e propria, l'osservazione in specie che la pronunzia stessa non risolve alcuna controversia insorta fra le parti, ma constata soltanto l'esistenza giuridica della vendita seguita dinanzi al Tribunale essendo evidente, come bene osserva la difesa della Silvestroni, che l'estremo della risoluzione di una controversia non sia essenziale perchè ai pronunciati della autorità giudiziaria debbansi riconoscere i caratteri intrinseci di una sentenza, e non potendo d'altra parte revocarsi in dubbio che la funzione del magistrato non si esaurisca in una semplice constatazione di fatto, quella, cioè, della regolarità del procedimento seguito, ma si esplichi in un'altra serie di atti a cui non può contestarsi il carattere giurisdizionale, e cioè l'attribuzione dell'immobile subastato a chi sia riuscito a trionfare nella gara e l'ordine al debitore o sequestratario di rilasciare il possesso dei beni a favore delcompratore.

Se sia stato venduto il dominio diretto dei beni soggetti ad enfiteusi, la sentenza di vendita, dice l'art. 685 del Cod. di proc. civ., deve pur contenere l'ordine all'enfiteuta di riconoscere per concedente il compratore e di pagare a lui le annue prestazioni; e per tale inciso la tesi alla quale il Collegio aderisce si corrobora senza dubbio di nuovi elementi, dacchè dalla norma anzidetta la sentenza di aggiudicazione tragga un nuovo contenuto sostanziale, modificando, come atto di funzione giurisdizionale, le relazioni giuridiche stabilite in precedenza e che il diritto espressamente garentiva.

Che dalla dichiarata inappellabilità delle pronuncie di aggiudicazione non sia lecito concludere per la mancanza in siffatte pronuncie dei caratteri intrinseci delle sentenze vere e proprie, dacchè la norma legislativa che la sanziona s'inspiri ad ovvie esigenze procedurali, cioè all'economia e speditezza dei giudizi che costituiscono certo uno degli intenti più precipui della legislazione. E' un concetto codesto che domina tutti i casi singolari, nei quali non sia dalla legge consentito l'esercizio dei rimedi ordinari e straordinari, che essa ebbe cura di predisporre, e che si rivela manifestamente nella pure dichiarata inappellabilità delle altre pronuncie, di cui è cenno nello stesso articolo 702 del Cod. di rito e alle quali non ci è responso di dottrina, nè decisione di foro che neghi l'intrinseca natura di sentenze vere e proprie.

Che là dove il beneficio del riesame parve al legislatore che non si potesse sacrificare alle anzidette esigenze del rito, e ciò per l'insinuarsi nella materia normalmente semplice e piana, riservata a quelle pronuncie, di nuovi elementi di controversia, egli si fece sollecito a circoscrivere in angusti confini il divieto già stabilito, a cancellarlo del tutto, sia pure per via indiretta, disponendo che, se nei casi di cui ai numeri 3 e 4 dell'art. 702 del Cod. di proc. civile siasi anche pronunziato sopra incidenti, per cui sia ammesso l'appello e l'appello sia stato proposto, gli effetti di questo si debbono estendere a tutta la sentenza.

Che se alle fatte considerazioni, le quali mirano più propriamente a prospettare il concetto che, anche dal punto di vista dei requisiti intrinseci e, cioè, del contenuto sostanziale, alla pronuncia di aggiudicazione debba riconoscersi il carattere di una vera e propria sentenza, si vogliano aggiungere quelle desunte dalla terminologia della legge, che la pronuncia anzidetta non qualifica altrimenti che come sentenza, e dalle forme che la legge stessa impone alla sua redazione e alle quali ne vuol soggetta l'esecuzione, si rafforza sempre più la tesi contraria a quella fin qui disaminata e alla quale il Collegio intende pienamente aderire.

Che, traendo le ultime conseguenze dalle sta-

bilite promesse, debba dichiararsi inammissibile la domanda spiegata in questa sede dal D'Agostini, comechè diretta nelle sue finalità contro una pronuncia dell'autorità giudiziaria, verso la quale nel sistema procedurale vigente non è consentito l'esercizio dell'azione di nullità, ma di quei rimedi soltanto tassativamente indicati nell'art. 465 Cod. di proc. civile.

Per questi motivi ecc.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

20 febbraio 1907, n. 188

Petracca, *Pres.* — Morrone, *Est.*

Cooperativa di Assicurazione contro i danni della grandine in Roma (avv. *A. L. Ferreri*) contro Società Eguaglianza di Milano (Avv. *C. Giuliani* e *O. Massoli*).

Perchè possa chiedersi la pronuncia sulle spese al Magistrato che l'ha omessa, non occorre aver fatto previamente notificare la sentenza nella quale è intervenuta la omissione (1).

Se, chiestasi regolarmente dal procuratore la distrazione delle spese da lui anticipate, il Magistrato abbia omesso di pronunciarla, devesi, per ottenerla, nell'interesse tanto della parte, quanto del procuratore, provvedere con altra sentenza ai termini dell'articolo 370 *capoverso* 2 *del codice di procedura civile, non già ai sensi del successivo articolo* 473; *nè occorre produrre appello dalla pronuncia contenente la omissione* (2).

Al procuratore che, per avere anticipato le spese al suo cliente, ha un diritto di credito proprio diretto ed autonomo, contro la parte soccombente, non può questa opporre in compensazione un credito ch'essa abbia verso la controparte vincente (3).

La sentenza, che, ai sensi dell'art. 370 *capoverso, provvede sull'oggetto della omissione intervenuta nella precedente sentenza, forma con questa un tutto inscindibile, e deve ritenersi come coeva ad essa* (4).

Il Tribunale ecc. — Osserva, *in fatto*, che in una causa vertente innanzi a questa Sezione fra la Società Anonima Cooperativa di Assicurazione contro i danni della grandine e la Società Mutua di Assicurazioni contro i danni della grandine «l'Eguaglianza» il procuratore della Società Anonima Cooperativa chiese, a tenore dell'art. 373 della P. C., che la condanna al pagamento delle spese fosse pronunziata a suo favore per averle lui anticipate, e la parte contraria non vi si oppose; però il Tribunale, con sentenza del 5-15 ottobre 1906, condannò la Società «l'Eguaglianza» alle spese, ma omise di pronunciare la distrazione a favore del procuratore, che l'aveva domandata.

Che di conseguenza, con citazione del 3 dicembre dello stesso anno, la Società Anonima Cooperativa ed il suo procuratore Cav. Angelo Livio Ferreri convenivano innanzi al Tribunale la Società Mutua «l'Eguaglinaza» per ottenere la pronunzia della distrazione delle spese, avvalendosi della disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 370 Proc. Civ.

Che la Società «l'Eguaglianza» si è opposta alla richiesta, deducendo che la domanda è intempestiva perchè la sentenza che omise di provvedervi non le è stata ancora notificata; inoltre che la procedura seguita dalla Società Anonima Cooperativa non è applicabile alla omessa dichiarazione di distrazione delle spese, e che infine questa non può farsi, perchè prima della sentenza dell'ottobre scorso la Società «l'Eguaglianza» era a sua volta

---

(1) Non comprendiamo come possa essersi dubitato di ciò tanto più che nella procedura, bene intesa, non debbono trovar campo atti inutili.

(2) Su questo punto si vegga il SECHI in *Dig. ital.* voce *Spese giudiziali civ.*, al n. 82, dove egli riporta la contraria opinione del MORTARA e quella favorevole del LESSONA, del MATTIROLO, del FRANCESCHINI, (*La correzione delle sentenze*, Bologna, 1894, n. 61-64 e 273), del RICCI, del CUZZERI, ecc. Con la dottrina prevalente sta la giurisprudenza: A. Roma 9 marzo 1887, *Temi rom.*, VII, 357; Cass. Roma 3 aprile 1886, *Legge*, 1887, 1, 407; Cass. Firenze 14 gennaio 1886, *Foro ital.*, 1886, 1, 289; Cass. Napoli 17 febbraio 1896, *id.* 1896, 1, 370, con nota di C. LESSONA; A. Palermo 18 giugno 1906, *Foro sic.*, 1906, 401.

(3-4) Massima giustissima. Cons. A. Roma 19 novembre 1875, *Annali*, X, 129, e 20 dicembre 1894, *Legge*, 1895, 1, 119; Cass. Roma 19 maggio 1892, *Temi rom.*, XII, 377; Cass. Torino 16 giugno 1890, *id.* 1890, 2, 623; A. Napoli 16 maggio 1894, *Foro ital.* 1894, 1, 620; SECHI, *op. cit.*, n. 80.

creditrice della Società Anonima Cooperativa, in seguito a cessione regolare notificata.

Osserva, *in diritto*, che la prima eccezione non merita nemmeno l'onore di una confutazione, giacchè la notificazione serve per la decorrenza dei termini ad impugnare le sentenze, necessaria per porle in esecuzione, ma non è necessaria nemmeno nei casi d'impugnazione, bastando all'uopo che la sentenza sia esibita, e portata perciò a legale cognizione dell'altra parte in causa.

Che l'art. 370 Proc. Civ. nel terzo comma dispone che, se siasi omesso di pronunziare sulle spese, si provvede con nuova sentenza sull'istanza della parte interessata con citazione in via sommaria. Ora si è per l'appunto sollevato il dubbio se, nell'ipotesi che il procuratore abbia, come nel caso attuale, regolarmente chiesta la distrazione delle spese che ha anticipate, ed il Tribunale abbia nella sentenza omesso di provvedervi, si debba seguir la norma tracciata in questo capoverso, oppure il procuratore debba far valere il suo diritto secondo le norme comuni, cioè ricorrendo all'art. 473 della Proc. civ., oppure produrre addirittura appello contro la sentenza.

Che la questione è stata variamente risoluta, ma in generale i più autorevoli scrittori e la quasi concorde giurisprudenza, soprattutto quella delle Corti Supreme, ha giustamente rilevato che l'omessa distrazione delle spese a favore del procuratore è compresa nella lettera e nello spirito della disposizione poco innanzi trascritta. Invero il giudice che dimentica di provvedere sulla domanda di distrazione delle spese, omette di pronunziare sopra un'istanza fatta intorno alle spese, e militano i medesimi motivi che indussero il legislatore a dettare l'eccezionale disposizione dell'art. 370, tanto se la domanda venga fatta nell'interesse della parte, quanto se venga presentata nell'interesse del procuratore. Si potrebbe poi osservare che la Società « l'Eguaglianza » niun detrimento riceve dalla procedura seguita, giacchè le spese non sarebbero state certamente minori se, in luogo di seguire la procedura eccezionale, si fosse voluto produrre appello, giacchè sembra da scartarsi l'opinione, del resto generalmente ripudiata, che nella specie si potrebbe far ricorso alla procedura dell'art. 473, la quale non permette altra correzione del dispositivo all'infuori degli errori di calcolo.

Che dalle parti si è molto disputato intorno alla validità della notificazione della cessione del credito verso la Società Cooperativa, affine di vedere se « l'Eguaglianza » potesse oppure no eccepire la compensazione, e se fosse possibile eccepirla ora, mentre se ne tacque, quando il Procuratore fece la sua prima istanza; ma il tribunale rileva che questa disputa è perfettamente oziosa, giacchè l'art. 373 della procedura accorda un vero privilegio al procuratore, il quale ha anticipato le spese; il suo è un diritto di credito proprio, diretto ed autonomo, e che non ha nulla da vedere coi rapporti tra il proprio cliente e l'altra parte in causa. Sul proposito, fin dai tempi del Codice Sardo del 54 fu sollevato il dubbio che si potesse opporre al procuratore in compensazione il credito che l'avversario avesse per avventura verso il suo cliente, e gl'illustri commentatori di quel codice, Pisanelli, Scialoja e Mancini, dissero recisamente di no, e la loro opinione deve avere un gran peso se si pensi che due di essi ebbero tanta parte nella compilazione del codice vigente; perciò non deve far meraviglia che oggidì nessun autore e nessuna sentenza accolga il principio opposto, che verrebbe a distruggere il diritto consacrato nell'art. 373, e verrebbe a frustrarne lo scopo che è quello di spingere i procuratori ad anticipare le spese dei clienti poveri.

Che potrebbe semplicemente obbiettarsi che nella specie la compensazione è avvenuta nel momento in cui fu pronunziata la condanna alle spese, senza la dichiarazione di distrazione di esse a favore del procuratore, e quindi costui trova ora il suo diritto già vulnerato; ma neppure questo rilievo è fondato poichè la nuova sentenza indubbiamente tiene le veci della precedente nella parte che la completa, e quindi forma con essa un tutto inscindibile e deve considerarsi come se fosse coeva ad essa, e di conseguenza, per usare la parola dei commentatori testè nominati, non c'è stato mai un momento in cui il credito delle spese sia riposato sulla testa del cliente.

Per questi motivi, ecc.

Avv. A. SANTE MARTORELLI, Direttore responsabile.

Tipografia "Industria e Lavoro„ Via delle Coppelle num. 35 - Roma.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

11 dicembre 1906 n. 850

Pagano *Pres.* — **Corbo** *Est.*

Baccaredda e Ledà (avv. *Ferreri* e *P. Pietri*; contro Ditta Clemente (avv. *P. Cogliolo*).

Trattandosi di decidere se taluno sia responsabile in proprio o quale sindaco di un Comune o come rappresentante di un comitato formatosi per festeggiamenti, doni od altro, difetta di motivazione la sentenza che trascura l'esame dei documenti prodotti all'uopo dalle parti (1).

La Corte ecc. — Ritenuto che la Ditta fratelli Clemente conveniva avanti il Tribunale di Sassari il comm. Ottone Baccaredda e l'avv. Gerolamo Ledà conte d'Attiri, ex-sindaci, il primo di Cagliari ed il secondo di Sassari, per ottenere la loro solidale condanna al pagamento di lire 7000, prezzo residuale, tanto dello stipo artistico, costruito dalla Ditta istante per custodia della bandiera che a nome delle donne sarde era stata donata alla R. N. *Sardegna*, quanto della cornice racchiudente la pergamena commemorativa.

Si produssero varie lettere scritte dai convenuti alla Ditta attrice; e, dopo gli interrogatori dei convenuti stessi, portata la causa a discussione, il cui Tribunale assolveva il Baccaredda e il Ledà dalle domande contro di loro proposte.

Confermata siffatta decisione dalla Corte di Appello di Cagliari, questa Suprema Corte, sul ricorso della Ditta Clemente, cassò la denunziata sentenza per difetto di motivazione.

In grado di rinvio la Corte di Appello di Roma, riformando la sentenza del Tribunale di Cagliari, dichiarò la responsabilità del Baccaredda e del Ledà verso la Ditta Clemente per il residuale pagamento di cui trattasi, riservando ai medesimi ogni diritto ed azione contro chi di ragione. Dispose, inoltre, il mezzo istruttorio della perizia per accertarsi il giusto prezzo, tanto dello stipo, quanto della cornice.

Contro questo pronunziato ricorrono il Baccaredda ed il Ledà con atti separati e distinti.

Attesochè sia fondata la doglianza dei ricorrenti, che la denunziata sentenza abbia vio-

(1) Circa la fondatezza della massima non troviamo da far commenti; piuttosto ci sembra opportuno di richiamare l'attenzione dei lettori sulla benedetta controversia della responsabilità dei Comitati festaiuoli che qualcuno potrebbe dire un privilegio del nostro paese.

Il Comitato è un'associazione priva di personalità giuridica, ma non deve rispondere delle sue azioni in giudizio ? Sotto questo rapporto il Comitato non è che una *libera associazione*, e quindi lo studio della sua capacità processuale è lo studio della capacità processuale delle libere associazioni in genere.

Ora, in ordine alle associazioni libere, la giurisprudenza talora ne propugnò l'assoluta incapacità processuale attiva e passiva, talora limitò l'incapacità assoluta al caso in cui fosse questione coi terzi, tal'altra accettò la teorica della capacità processuale attiva e passiva senza limitazioni. Si veggano i richiami nel dotto studio dell'avv. ALFEO BARSOTTI, *La capacità processuale delle associazioni prive di personalità giuridica*, nella *Cassazione di Firenze*, 1906, pag. 433-442, e 481-489.

Il BARSOTTI segue l'ultima opinione, a cui ha portato notevolissimo contributo l'illustre commendatore PENSERINI, presidente della Corte di appello fiorentina. Al PENSERINI si devono le sentenze 13 gennaio 1906, nelle cause Strozzi contro Castaldi e Fisti (*Legge* 1906, 2, 1697) e contro Tazzi (*Foro italiano*, annata del 1907, 1, 233).

Senonchè a noi non sembra che il Comitato debba riguardarsi sol come un insieme di persone mandatarie di altre, e sia, quindi, da ricorrere alla teorica del mandato. Noi crediamo, invece, che tali Comitati si debbano ravvicinare alle società irregolari, perchè ci sembra che, soprattutto nei rapporti coi terzi, ad essi si attaglino molto le norme relative al contratto di società. Adottiamo, così, l'insegnamento professato dal TARTUFARI (*Foro ital.*, 1907, 1, 233, nota) e che è in fondo anche quello del BOLCHINI (*Le pubbliche sottoscrizioni*, n. 75 e segg.). Donde la conseguenza che, se la sfera del Comitato si mantiene nell'ambito civile, la responsabilità dei singoli memebri per gli atti compiuti dal presidente non è mai solidaria (tranne il caso *molto frequente* che possa trattarsi di obbligazione *indivisibile* a termine dell'art. 1202 Codice civile, avuto riguardo al modo con cui le parti contraenti considerarono l'oggetto dell'obbligazione stessa); e, viceversa, cotesta responsabilità diventerebbe *ipso facto* solidale, a termine dell'art. 98 Cod. comm., tutte le volte che il Comitato s'impelagasse in rapporti commerciali.

Oltre le sentenze 27 gennaio e 18 maggio 1905 (inedite) del Tribunale civ di Firenze, revocate dalle surricordate decisioni del comm. PENSERINI, noi ne troviamo inspirata agli eguali sensi una (pure inedita) della stessa Corte di appello fiorentina, in data 8 aprile 1902, est. DE CAROLI, in causa Pasquali contro Gherardini.

lato il precetto della motivazione, per non avere tenuto conto dei prodotti nuovi documenti diretti a dimostrare ch'essi ricorrenti avevano trattato con la Ditta Clemente, non come privati cittadini, ma nella rappresentanza dei comitati pel dono patriottico della bandiera alla R. N. *Sardegna*. E, difatti, la Corte di rinvio trasse il suo convincimento sulla responsabilità personale dei ricorrenti dalle risposte che ciascuno di essi aveva dato ai rispettivi interrogatori, e, più specialmente, da alcune lettere che i detti ricorrenti avevano di accordo scritte alla Ditta, per riconfermare l'incarico che la Ditta stessa aveva già avuto prima dal regio commissario di Sassari e successivamente dal prof. Canti, sindaco *pro tempore* di quella città. Ma avendo così creduto di giustificare cotesto suo convincimento, non si curò punto di esaminare se per avventura gli altri documenti presentati escludessero, come si affermava dai ricorrenti, la tesi della loro personale responsabilità sostenuta dalla Ditta Clemente.

E' vero che nel suo ragionamento il magistrato non è tenuto a confutare le parti, seguendole nelle loro argomentazioni. Però non può mai trascurare di occuparsi di tutto quello che serve ad esaurire la disputa, e rendere più esatta la decisione, e tanto meno può trascurare le prove.

Ora la questione fondamentale della presente causa consisteva nel sapere, se la Ditta Clemente fosse entrata in rapporti contrattuali con i ricorrenti quali privati cittadini o come rappresentanti i comitati di cui trattasi, ovvero come sindaci dei rispettivi Comuni. E sul proposito i ricorrenti avevano dedotto, argomentando dagli esibiti nuovi documenti, che la Ditta si era sempre rivolta al comitato pel dono della bandiera alla R. N. *Sardegna*, sia intestando al medesimo la fattura dello stipo, sia dando quietanza dell'acconto delle lire 3000.

La denunziata sentenza, dunque, per esaurire completamente la controversia aveva l'obbligo di esaminare e discutere la portata dei relativi nuovi documenti prodotti; ed avendo lasciato tutto ciò sotto silenzio, merita di essere cassata per difetto di motivazione, a mente dell'art. 517 n. 2 del cod. proc. civile.

Del resto, ad evitare il vergognoso spettacolo che di solito dànno i Comitati festaiuoli non si arriverà mai senza un opportuno rigore, in omaggio appunto al principio della *buona* fede nell'adempimento dei contratti, principio che il nostro legislatore (art. 1123 cod. civ.) ha dettato pel buon regime della vita sociale.

Sull'argomento dei Comitati e delle libere associazioni si possono consultare: JHERING, *Jahrbücher fur die Dogmatik des heut. und deut. Privatsrechts*, vol. XXIII, pag. 1-34; ROTH, *Zur Lehre von der Genossenschafft*, pag. 94 e segg.; VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif* ecc., cap. II, — *Des associations non reconnues*, II — *Du droit d'ester en justice*, pag. 188 e seg.; SCIALOJA, *Sunto di scritti giuridici tedeschi*, in *Arch. giur.* XXV, 473; GIORGI, *Persone giuridiche*, I, 161 e seg.; MANARA, *Società ed associazioni commerciali*, I, 122, e II, 339; COGLIOLO, *Comparizione in giudizio delle associazioni*, in *Annuario crit. di giur. prat.*, 1891, 140; CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, vol. I, pag. 44; BOLCHINI, *Le pubbliche sottoscrizioni*, e *Ancora sulle pubbliche sottoscrizioni*, in *Riv. di dir. comm.* 7 agosto 1897, *Monit. trib.* 1897, 946; — 25 agosto 1897, 321; BRUGI, in *Riv. di dir. comm.* 1906, 2, 235-243; Cass. Torino 18 agosto 1880, *Foro ital.* 1881, 1, 27; — 7 agosto 1897, *Mon. trib.* 1897, 946; — 25 agosto 1897, *Temi gen.* 1897, 615; — 31 ottobre 1902, *Foro ital.* 1903, 1, 359 e 550; Cass. Firenze 29 luglio 1896, *Temi* 1896, 544 — 23 maggio 1904, *Legge* 1904, 1704 — e 13 gennaio 1906, già citat.; Cass. Napoli 23 agosto 1898, *Mov. giur.* 1898, 422; Cass. Palermo 21 dic. 1890, con nota di G. GIORGI, *Foro ital.* 1891, 1, 21; A. Roma 22 novembre 1902, *id.* 1903, 1, 569; Trib. civ. Roma 18 gennaio 1899, *Legge* 1899, 1, 735; A. Venezia 4 agosto 1903, *Temi* 1903, 672; Trib. civ. Aix 19 gennaio 1905, *Dalloz* 1905, 2, 183; Pret. Gavirate 13 aprile 1906, *Riv. di dir. comm.* 1906, 2, 460; A. Bologna 10 dicembre 1906, *Foro ital.* 1907, 1, 231, e *Temi* 1907, 77, con nota.

La Corte di cassazione di Roma non si è ancora pronunciata al riguardo. Essa nella decisione 29 aprile 1905, n. 563 (inedita), decisione resa nella stessa causa fra la Ditta Clemente e i signori Baccaredda e Ledà si limitò soltanto a scrivere queste parole: « La Corte di appello di Cagliari non ha ragionato con esattezza, nè sufficientemente, quando ha affermato che i Comitati, i quali si costituiscono per imprese lodevoli, non sieno società nè di fatto, nè di diritto, senza tener conto dell'articolo 32 dello Statuto fondamentale del Regno, che pur riconosce le associazioni lecite, quali erano indubbiamente i Comitati suddetti ».

Con queste parole ci sembra che il Supremo Collegio romano aderisca a quella concezione della natura giuridica dei Comitati che noi abbiamo patrocinata più sopra. *a. s. m.*

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

31 dicembre 1906 n. 971

Caselli *Pres.* — Lago *Est.*

Canneddu (avv. *P. Pietri*) contro Canneddu.

Il creditore ipotecario che, in base all'art. 57 della legge 19 giugno 1902 sulla riscossione delle imposte dirette, esercita il riscatto, non ha diritto d'immettersi nel possesso del fondo, la cui proprietà si riacquista dal debitore espropriato, ma solo di subentrare per la somma sborsata nel privilegio che aveva lo Stato sull'immobile (1).

Può chiedersi e deve ordinarsi la divisione di un compossesso anche fra coloro che non abbiano la proprietà del fondo posseduto (2)

La Corte, ecc. — Per quanto incerta e perplessa possa di primo tratto presentarsi la motivazione della sentenza impugnata del Tribunale di Nuoro, nella sua sostanza però, e nel suo dispositivo, essa ha colpito nel giusto segno, e il ricorso contro di essa proposto deve essere rigettato.

E, per verità, rilevasi indiscutibilmente dal fatto espresso nella sentenza che unico oggetto del giudizio, seguito prima avanti al Pretore e dopo passato al Tribunale, era il possesso in cui si trovavano in comune i due fratelli Francesco e Giovanni Canneddu, del quale il primo domandava al secondo la divisione; questi non mai accampò un possesso proprio ed esclusivo, ma alla citazione del fratello fu sollecito di rispondere che avrebbe accondisceso all'instata divisione semprechè gli rimborsasse la metà delle spese da lui sostenute nella lite contro i debitori principali per la rivendicazione del credito ipotecario, in base al quale fu ottenuto il decreto di riscatto fiscale di cui è caso.

Se dunque i fratelli Canneddu erano fra di loro in rapporto di compossesso, il Pretore e il Tribunale che sulla istanza del Francesco Canneddu ordinarono la risoluzione della loro comunione, per mezzo della divisione, non solo non violarono, ma legalmente applicarono le norme di leggi riferentisi alla comunione, inchiuse negli invocati art. 679, 681, 689 Cod. civ.

Che se è verissimo che il riscatto fiscale di cui all'art. 57 legge 19 giugno 1902 sulla riscossione delle imposte, a differenza del riscatto comune, che fa ritornare nel riscattante la proprietà stata venduta sub-conditione,

(1) Ciò emerge chiaramente dal citato articolo 57; deve però distinguersi il caso del *riscatto* da quello della *retrocessione*, poichè qualora il fondo devoluto allo Stato sia stato da questo ceduto ad un terzo, o anche al debitore espropriato, tale cessione ha carattere di vera e propria vendita e trasferisce nel cessionario tutti i diritti che aveva lo Stato sul fondo ceduto, e, anche nell'ipotesi che la cessione abbia avuto luogo a favore dell'espropriato, il fondo ritorna a questo libero da qualunque diritto, che potesse ad altri spettare prima della devoluzione. V. in questo senso: Trib. Roma 18 settembre 1899, *Temi rom.* 1899, 286; Cass. Palermo 28 aprile 1900, *Imposte dirette* 1900, 322; Cass. Roma 22 maggio 1902, *Corte Suprema* 1902, II, 140; SERA, *Commento alla legge sulla riscossione delle imposte dirette*, par. 439; SERVI nel *Manuale degli amministratori* 1900, 421. Sul riscatto in genere ved. TUTINO, *Il riscatto nel dir. tributario*, nel *Cons. commerciale*, 1902, 193.

(2) Pel diritto romano l'*actio communi dividundo* non si poteva sperimentare che in base a un diritto di comproprietà o a un altro diritto reale. Se la azione si basava sulla comproprietà aveva luogo un *iudicium communi dividundo directum*, se si basava sopra un altro diritto reale, come usufrutto, pegno ecc. aveva luogo un *iudicium communi dividundo utile* (L. 7, n. 3, 6 e 7 *h. t.* — GLUCK, *Commento alle Pandette*, libro X, paragrafo 737).

Se poi, in forza dell'evoluzione storica, la quale ha ampliato, e il SAVIGNY sosteneva anche troppo, la protezione che il diritto romano concedeva al possesso, si sia arrivati fino a sancire il diritto alla divisione fra semplici compossessori, è molto dubbio e almeno legislativamente la questione non pare risoluta. Infatti il nostro Codice nel trattare della comunione parla di comunione di *beni* e l'articolo 681, che sancisce il diritto di ciascun partecipante a sciogliersi dalla comunione, non può riferirsi che a questa comunione; ora sebbene l'articolo 418 annoveri fra i beni anche i diritti, tuttavia è opportuno ricordare che il possesso, quantunque possa avere conseguenze giuridiche, non è un diritto, anzi non è talvolta che un semplice fatto indifferente al diritto (BRUNS, *Das recht des Besitzes*, p. 466 e seg.; WINSCHEID, *Pandette*, paragrafo 148) e quindi non può essere compreso nella denominazione generica di *beni*.

E neppure il Codice tedesco, che per essere l'ultimo arrivato corrisponde più di ogni altro ai bisogni e alle idee dell'attuale società, può dirsi che abbia provveduto in proposito, poichè in esso si parla soltanto di divisione di diritti (paragr. 741), di oggetti (paragr. 752), di servitù (paragr. 1026) e di altri diritti reali (paragr. 1109), ma non si parla mai della divisione del possesso.

ha per effetto invece, da chiunque richiesto, di far ritornare l'immobile all'espropriato coi medesimi diritti ed oneri che gli spettavano anteriormente, e che colui che abbia esperimentato il riscatto solo subentra per la somma sborsata nel privilegio dello Stato, dimesso col riscatto, sopra gli immobili, questo vorrà dire che i debitori principali delle imposte scadute avrebbero potuto opporsi all'esecuzione datasi al decreto pretoriale per via di immissione in possesso immobiliare, e per converso che i fratelli Canneddu illegittimamente richiesero ed ottennero dall'usciere la immissione in possesso, ma non mai che costoro potessero legalmente mutuarsi le ragioni che potrebbero per avventura spettare ai terzi debitori espropriati, che credono o credettero di acquietarsi al fatto compiuto, e reciprocamente contrastarsi il diritto alla divisione del compossesso, in cui o bene o male si vennero a trovare, e meno ancora, come bene rilevò la sentenza, che il solo Giovanni potesse avvalersene in proprio vantaggio di fronte e a danno del fratello e successori, suoi nepoti, che hanno interesse e diritto d'impedirgli che continui da solo a percepirsi i frutti degli stabili riscattati a nome e per conto comune, e contrastare, fin che sono in tempo, che venga così impunemente egli solo a varcare i limiti del trentennale possesso per diventare di diritto esclusivo proprietario, siccome già egli sin d'allora di fatto si era arbitrariamente installato. E' troppo noto che la formola che in antico riassumeva tutta l'azione di rivendicazione *de presenti aio hanc rem esse meam*, come quella rigida del *quis possessor, quis petitor*, subirono nel progresso del tempo le norme dettate dalla equità, e si presentarono al diritto moderno più complesse, per evoluzionare dopo ancora in modo più consentaneo alla civiltà dei tempi che corrono.

E per effetto di questo processo evolutivo la dottrina e la giurisprudenza concorrono nell'affermare che il possesso in relazione al diritto di rivendicazione della proprietà attribuisce al possessore, in confronto di chi non abbia nè proprietà, nè possesso prevalente, il diritto naturale di possedere, e già gli stessi romani giureconsulti lasciarono scritto: *qualiscumque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet, quam ille qui non possidet*, intuendo fin d'allora confusamente il rapporto di affinità che intercedeva fra possesso e proprietà.

Così mentre la proprietà conferisce un titolo assoluto *adversus omnes*, il possesso, quasi *pedibus tenere*, conferisce sulla cosa un diritto relativo, il quale, se sarà di nessuna efficacia di fronte al proprietario conosciuto ed inerte, si mantiene però a guisa di proprietà in riguardo a chiunque non abbia nè possesso, nè titolo prevalente, e in tale stato più essendo i possessori, come tra comproprietari, può farsi luogo al diritto di divisione, che non è altro che la rivendicazione della quota che a ciascuno dei diversi proprietari o compossessori possa competere sulla cosa comune.

E simile divisione, nel caso, risolvendo un compossesso, non avrà che l'effetto relativo preindicato; effetto che potrà cadere, se e quando i proprietari eredi del fu Pietro credessero di giovarsi della proprietà in loro rimasta per effetto speciale del riscatto fiscale di cui all'art. 57; ma sino a tanto che ciò non avvenga permane lo stato di compossesso in favore dei fratelli Canneddu, passibile dell'azione di divisione instata dal Francesco e per lui dai suoi eredi, la quale lascerà invulnerato il diritto del terzo proprietario sino a che non sia compiuta la prescrizione.

Questo e non altro sostanzialmente è il fondo della sentenza impugnata, la quale se pervenne a questa risoluzione pel tramite di concetti meno esatti, dicendo, cioè, che per promuovere la divisione non era necessario l'estremo della comproprietà nel senso di comunione di diritto, ma sarebbe bastato un un semplice interesse, provocando *ex adverso* altro concetto anche maggiormente errato, quello cioè che non potesse verificarsi divisione all'infuori del tema di comproprietà, la Corte può benissimo alle ragioni errate sostituire quelle che dovranno appartenere al dispositivo assunto, che forma la sostanza della sentenza impugnata.

In conseguenza neppure gli altri articoli di legge furono efficacemente invocati e la disposizione della sentenza deve essere approvata.

Neppure essendosi i convenuti costituiti avanti questa Corte, non vi sono compensi da tassare in favore di avvocati nè spese sostenute da parte dei medesimi.

Per questi motivi la Corte Suprema rigetta il ricorso, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

31 dicembre 1906 n. 980

Pagano *Pres.* — Baudana *Est.*

Greco (avv. *C. Fassa*) contro De Luca ed altri (avv. *D. Dialti*).

L'esattore non può procedere alla esecuzione immobiliare contro un contribuente defunto quando abbia notizia certa e legale della esistenza degli eredi, ai quali vanno notificati gli atti relativi (1).

La Corte, ecc. — A Salvatore Greco, per sè e per suo fratello Saverio, fu aggiudicata una casa, posta all'asta dall'esattore di Cerisano, Francesco Caracciolo, per debito d'imposta contro il defunto Antonio De Luca intestato nel ruolo.

Quindi i fratelli di Greco intimarono il precetto di rilascio della casa.

Vincenzo e Cherubina De Luca, figli ed eredi dell'espropriato Antonio dedussero la nullità della vendita per essersi rivolti gli atti di esecuzione soltanto contro il defunto loro padre, e per altri vizi ed inosservanze di termini e di formalità essenziali.

Gli aggiudicatari Greco e l'esattore eccepirono l'inammessibilità delle opposizioni, perchè non era proponibile alcuna azione di nullità contro la vendita all'asta compiuta dall'esattore, e perchè gli opponenti non possedevano più la casa espropriata.

Il Tribunale di Cosenza respinse le eccezioni d'inammissibilità del ricorso, e nel merito dichiarò inammessibile ed infondata l'eccezione.

I De Luca se ne gravarono, e la Corte di appello di Cantanzaro dichiarò nulla la vendita all'asta e conseguentemente inefficace il precetto di rilascio della casa, non luogo a deliberare sulla domanda di esso Greco di rivalsa di danni contro l'esattore, e condannò questi ultimi nelle spese verso gli appellanti De Luca.

Salvatore e Saverio Greco hanno ricorso per Cassazione e deducono:

1. Per le leggi fiscali l'esattore ha diritto ed obbligo di agire contro lo intestatario del ruolo, senza curarsi se questi sia defunto ed abbia lasciato eredi, ha la facoltà, non l'obbligo, e tanto meno a pena di nullità, di agire contro gli eredi del defunto non intestati in catasto nè in ruolo.

2. In ogni caso gli Eredi De Luca avevano azione giudiziaria solo per ottenere il risarcimento dei danni contro l'esattore e non anche per ottenere la nullità della esecuzione.

Contro questo ricorso resiste Vincenzo De Luca.

In diritto. — Le Sezioni unite di questo Supremo Collegio hanno risoluto il secondo mezzo dichiarando la competenza dell'autorità giudiziaria.

(1) Bene qui si parla di notizia certa e legale della morte del contribuente, perchè, come disse la stessa Cassazione romana in altro incontro (decisione 12 febbraio 1904, *Corte Suprema* 1904, 1, 120), non saprebbesi ammettere il criterio di una notizia *semplice*, giacchè sarebbe un criterio sempre incerto ed obbligherebbe l'esattore a fare indagini non consentite dall'indole della riscossione, nè esenti da contestazioni per parte dei debitori.

Nella specie giudicata, invece, la notizia era ufficiale, e mal si comportò l'esattore, non intimando gli atti agli eredi dell'Antonio De Luca.

La sentenza delle Sezioni unite nella stessa causa Greco può leggersi in *Temi*, anno corr., pag. 280, e porta il n. 979 del Registro di Cancelleria.

In materia di esecuzione fiscale il Supremo Collegio di Roma emanò testè due notevoli sentenze che riassumiamo. Nella prima, del 29 gennaio 1907, a Sezioni Unite (*Temi*, 1907, 261) ritenne che « cessata l'esecuzione fiscale, è competente l'autorità giudiziaria a conoscere delle azioni di nullità dell'esecuzione medesima, azioni di nullità di competenza del Tribunale, anche se il valore della causa è inferiore a lire 1500 ». Nella seconda, pur del 29 gennaio 1907 (*Temi* 1907, 262), adottò le seguenti massime:

« Non è necessario che l'esattore intervenga nel giudizio di nullità dell'esecuzione, se nessuna delle parti proponga contro di lui azione di risarcimento di danni. — L'esecuzione fiscale immobiliare deve, a pena di nullità, essere preceduta dall'esecuzione mobiliare anche se il debitore dell'imposta è irreperibile. — In tale caso può redigersi verbale d'infruttuoso pignoramento. — Il Demanio non è tenuto a restituire al compratore il prezzo dell'immobile esecutato e devolutogli per mancanza di oblatori, se la esecuzione e conseguentemente la successiva devoluzione e vendita è dichiarata nulla, quando l'acquirente abbia acquistato l'immobile a tutto suo rischio e pericolo, o quando il Demanio l'abbia venduto per un prezzo corrispondente a una sola annata di imposta fondiaria ».

Sul primo motivo la Sezione civile osserva che la Corte di appello di Catanzaro con la sentenza impugnata ha ritenuto che « il provvedimento esattoriale con le forme della irreperibilità contro il debitore della imposta defunto non si giustifica, nè è convalidabile, allorchè risulta che l'esattore avesse avuto notizia certa ed ufficiale che il debitore era effettivamente defunto e che sussistevano gli eredi di lui. In questo caso egli era obbligato a dirigere gli atti contro questi ultimi. Nella specie del prcedimento stesso che si vuole indirizzare contro l'intestatario del ruolo defunto De Luca, spicca evidentemente come l'esattore fosse stato a piena cognizione della morte di esso intestatario, e della esistenza degli eredi.

La Corte d'appello ha ricordato una precedente ordinanza del prefetto resa in contradizione dell'esattore stesso « con la quale venne questo diffidato essere l'Antonio De Luca defunto e doversi nelle esecuzioni per debito di imposta ritenere rappresentato dagli eredi ».

Ha rilevato altresì che la esecuzione sui mobili, che precedè quella sugli immobili, fu effettivamente eseguita contro gli eredi. Eppoi conclude: « Gli eredi hanno diritto d'impugnare la esecuzione non a loro rivolta, ma al debitore che non era più in vita, quando provano con gli stessi atti eseguiti dall'esattore, che questi conosceva ed era in istato di conoscere l'intestatario essere morto e chi fossero gli eredi di costui. In siffatto caso il procedimento contro il morto, esperimentato ordinariamente sotto forma della irreperibilità, costituisce un falso commesso dall'esattore ».

Tutte queste considerazioni, non errate in diritto e sufficientemente motivate, sono incensurabili in cassazione.

E il difensore dei ricorrenti nella sua lealtà non ha potuto non riconoscere « che la giurisprudenza non ha mai dubitato che l'esattore proceda regolarmente contro lo intestatario defunto, se l'esattore ignora l'esistenza degli eredi, ovvero se li conosce, ma non in forma certa e legale ».

Ed è vero, ma che, nella specie, l'esattore Francesco Caracciolo avesse in modo evidentissimo piena cognizione della morte dell'intestatario Antonio De Luca e dell'esistenza degli eredi, anche in base alla recente ordinanza del Prefetto in data primo novembre 1902, mentre la casa espropriata fu aggiudicata a Salvatore Greco il 12 giugno dell'anno successivo, è stato incensurabilmente ritenuto, come sopra si è riferito, dalla Corte di appello la quale giunse perfino a scrivere in fine della sua considerazione una frase molto grave a carico dell'esattore.

Questi inoltre omise di notificare agli eredi De Luca gli atti che devono precedere la vendita di una casa, come se fosse vivo il loro padre Antonio, lo considerò come non trovato e gli notificò l'avviso di pagamento mediante pubblicazione alla casa comunale a norma dell'art. 31, mentre il De Luca Antonio era morto e l'esattore lo sapeva, donde la eccepita nullità, anzi la inesistenza delle richieste notificazioni: *quod nullum est nullum producit effectum*.

Per conseguenza l'esattore fa opera vana, quando sostiene che ha il diritto e il dovere in ogni caso di agire contro chi è intestato nel ruolo, anche se morto, mentre persino il regolamento del 10 luglio 1902, n. 296, con l'articolo 56 espressamente declina da una norma, che erroneamente egli reputa assoluta, con l'ordinare che le cartelle e gli avvisi di mora si notifichino al debitore o a chi lo rappresenti.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

16 febbraio 1907 n. 2.

Caselli *Pres.* — Spirito *Est.*

Bonitatibus (avv. *Alf. Grassi*) contro Munzi (avv. *A. Scafi*).

La richiesta, che un Collegio giudiziario fa ad un altro, di delegare un giudice per l'assunzione di una prova importa sempre che la delegazione relativa debba emanare dal Collegio richiesto e non dal presidente del medesimo (1).

(1) Ha trionfato, con questa massima, la tesi che noi sostenemmo sulla presente Raccolta nelle note a pagine 140 e 274 dell'anno 1905, commentando le sentenze emesse nella stessa causa dal Tribunale e dalla Corte di appello di Roma. Siffatta tesi dispiace al MORTARA (*Commentario*, III, 422, e *Giur. ital.* 1907, 1, 1, 353), e certo il suo è un autorevole parere, ma non ha base nella legge, tanto che la sentenza del Tribunale, ch'egli loda e che noi pur lodammo mentre ne dissentivamo, si richiama alla

L'esame testimoniale assunto, in tal caso, da un giudice delegato dal presidente invece che dal Collegio, è nullo, ma può rinnovarsi a termine dell'art. 249 cod. proc. civile (2).

La Corte ecc. — Considera sul primo mezzo che dinanzi ai termini della richiesta contenuta nella sentenza del tribunale possa ritenersi indifferente alla soluzione del presente mezzo di ricorso la più esatta interpretazione dell'art. 208 proc. civile. Poichè, se la potestà della nomina del giudice per procedere all'esame testimoniale da seguirsi in Sulmona, era dall'autorità delegante deferita al tribunale del luogo, è di tutta evidenza che solo questi potesse farne la delegazione, trattandosi di un provvedimento non proprio, ma delegato, che solo potevasi considerare giuridicamente efficace, in quanto emesso dall'autorità, cui tale potere era stato conferito.

Concetto cotesto, che oltre ad essere una naturale derivazione dei principi che presiedono all'istituto del mandato, trova conferma nel disposto dell'art. 68 proc. civ. il quale, nel divietare all'autorità giudiziaria di delegare ad altra la propria giurisdizione, salvo i casi stabiliti dalla legge, viene, in modo implicito, ma indubbio, a sancire che in tali casi non possa l'autorità delegata eccedere i limiti della delegazione od attribuirsi una potestà che nella delegazione non si conteneva.

Che se da ciò si voglia prescindere, e riguardare la questione sotto il punto di vista del ricorso, e come fu dal giudice di merito raffigurata, riesce agevole considerare che i provvedimenti istruttori e tutto quanto attiene alla esecuzione delle prove disposte, entra nella diretta giurisdizione del magistrato investito della cognizione della causa, alla definizione della quale quei mezzi istruttori sono appunto intesi. Sicchè, se la necessità della pratica, la moltiplicità degli affari giudiziari, le varie contigenze dei casi e le forme diverse di prova non ne disconsigliassero l'uso, più consentaneo sarebbe all'indole dei poteri giurisdizionali conferiti dalla legge ai singoli magistrati, che dovessero direttamente procedere all'espletamento delle prove da loro ordinate. Si è dovuto però, *rebus ipsis dictantibus et humanis necessitatibus*, ricorrere al temperamento di sostituire, all'opera diretta del giudice collegiale, quella di uno dei suoi membri da esso delegato, che vi procede quale rappresentante del tribunale, in virtù del potere in esso prorogato per delegazione del Collegio.

S'intende, così, perchè il codice di procedura faccia obbligo al magistrato collegiale di delegare uno dei suoi giudici, sempre che disponga uno dei mezzi di prova dalla legge consentiti, salvo che, per la natura di alcuno di tali mezzi, o per ragioni di opportunità determinate da speciali contingenze di casi, la legge, a vicenda, o imponga che si esplichi in presenza dell'intero collegio, o abbandoni ad esso di giudicare dell'opportunità dell'intervento collegiale.

---

prassi costante ed inveterata piuttosto che alla legge.

E' poi notevole che l'ottimo cons. SPIRITO, estensore della sentenza che commentiamo, fa da qualche tempo a questa parte le spese ad alcune acerbe, ed anzi peggio che acerbe, critiche della *Giurisprudenza italiana* (anno corr., 1, 1, 132, 211, 261, 354) — e questo francamente dispiace a tutti coloro, e la Curia romana è in ciò unanime, che apprezzano nel cons. SPIRITO le doti elevatissime di mente e di cuore.

(2) *Contra*: A. Roma 12 aprile 1905, est. MOSCA, in questa Raccolta, anno 1905, pag. 271. Nella nota ivi apposta anche noi fummo di parere contrario quello oggi adottato dal Collegio Supremo, nè troviamo motivo, ci sia consentito di dirlo modestamente, di mutare opinione. L'art. 249 Cod. proc. civ. parla di *nuovo esame*, di esame dichiarato nullo e perciò *da rinnovarsi*, nè è possibile rinnovare un esame mai iniziato. Vero è che in detto articolo, tra le colpe che dànno luogo alla rinnovazione dell'esame, si designano quelle degli uscieri, donde traggono argomento i contraddittori per togliere valore alle frasi dell'articolo « l'esame.... è rinnovato » e « nuovo esame », sostenendo che le colpe degli uscieri possono aver campo solo prima dell'inizio della prova testimoniale, e non durante il suo corso; ma a noi sembra che questa non sia una buona ragione, perchè le colpe degli uscieri possono riverberarsi anche su di un esame compiuto, come, ad esempio, se si fosse proceduto alla prova in contumacia dell'altra parte cui fosse stata nullamente notificata l'ordinanza che fissava il giorno dell'apertura degli esami.

La lettera, dunque, della disposizione in discorso non racchiude errori di sorta, e poichè è chiara la disposizione stessa non può applicarsi in modo diverso da quel che suona.

Nella giurisprudenza più recente troviamo sull'argomento le decisioni 4 luglio 1905 della Cassazione Torino (*Giur. Tor.*, 1905, 1163), 16 maggio 1905 del Trib. civ. Cagliari (*Giur. sar.* 1905, 305) e 14 maggio 1906 dell'A. Bologna (in *Diz. proc. civ.* del CRESPOLANI, 1906, 177).

Certo è però che, o direttamente, o a mezzo del giudice delegato, è sempre il tribunale che intende all'esplicamento della prova, siccome funzione inerente ed integrante del suo potere giurisdizionale.

Che se, dunque, propria del collegio è attribuzione siffatta, ed il giudice delegato altro non ne è che l'esecutore ed il rappresentante, consegue, che, come solo il tribunale investito della cognizione della causa può nominare il giudice per raccogliere la prova, così la nomina per richiesta, nell'ipotesi del primo capoverso dell'art. 208, contenente una delegazione di potere, solo potrebbe essere legalmente effettuata dal tribunale cui la richiesta o delegazione è fatta, poichè esso solamente accoglie in sè gli stessi poteri del collegio delegante, nè sarebbe possibile delegazione diversa, senza urtare nel divieto del richiamato art. 68.

Che volgendo dopo ciò la considerazione sull'art. 208, ancor più chiaro se ne appalesa il senso, già per sè stesso così manifesto. « Quando la prova, dispone il primo alinea di detto articolo, si debba eseguire nella giurisdizione di altra autorità giudiziaria, si può o richiedere questa di delegare uno dei suoi giudici, ecc. » L'autorità, dunque, cui, per detta disposizione, può farsi la richiesta, è l'autorità giudiziaria avente giurisdizione nel luogo ove la prova si debba eseguire, lo che significa appunto che il tribunale e non il presidente possa essere richiesto per la delegazione, poichè l'ambito giurisdizionale cui si riferisce la legge, non avrebbe senso rapportato al presidente.

Oltre che, l'autorità del presidente quale capo del collegio, salvo il caso di speciali sue attribuzioni, non può confondersi con quella dell'autorità giudiziaria di cui fa parte, nè quindi riferirsi a lui l'espressione autorità giudiziaria, se trae da essa la sua ragione di essere, e per essa si sostanziano in lui le sue attribuzioni presidenziali. Le quali, comunque si vogliano poi considerare e per quanto se ne voglia poi esaltare l'eccellenza, non si possono mai estendere al punto da assorbire quasi in sè la personalità dei giudici, considerandoli quasi una sua dipendenza, per poter ritenere riferibili al presidente le espressioni di delegare uno dei suoi giudici.

Che l'istesso art. 210 invocato in contrario, anzichè concorrere nell'assunto del ricorrente, contribuisce, invece, come notava la Corte di merito, alla tesi opposta, in quanto, *exceptio firmat regulam*. Nè solo perciò, ma soprattutto, perchè diversa è l'ipotesi dell'articolo considerata, con quella del precedente articolo 208. In questo, si raffigura, in fatti, il caso di nomina o delegazione non per anco avvenuta; in quello, invece, esaurita già la giurisdizione del tribunale; onde ben potè conferirsi al potere presidenziale la facoltà della surrogazione trattandosi di provvedimento determinato da ragioni interne di servizio specificamente indicate dal regolamento generale giudiziario, per l'impossibilità del giudice delegato di compiere l'incarico devoluto ad esso dal collegio.

Che se poi sia vero che una speciale procedura non si riscontri nel Codice, per provocare dall'autorità giudiziaria richiesta la delegazione del giudice, non vi fanno però difetto le norme generali tracciate dalla legge nel titolo primo del libro terzo, nel quale all'articolo 778 si provvede che il procedimento in Camera di Consiglio si applichi anche alle materie da trattarsi senza contraddittore.

Che per quanto attiene, da ultimo, all'invocazione dell'uso invalso nella pratica, di richiedere il presidente del tribunale, anzichè questo per la delegazione del giudice, a parte ogni altro riflesso, è sufficiente rilevare che neppure di cotesto uso può giovarsi il ricorrente tostochè, con la sentenza, fu richiesto il tribunale di Sulmona e non il presidente, il quale, in mancanza di delegazione, non aveva potere di sorta.

Che pertanto l'unica conclusione che, dopo ciò, s'imponeva non poteva essere altra che quella cui la corte di merito pervenne, di ritenere, cioè, sostanzialmente nullo il verbale di esame, per difetto di attribuzione nel giudice delegato a raccoglierlo, che solo gli poteva derivare dalla nomina fatta dal tribunale, investito con la sentenza di tale delegazione.

Se non che la nullità della prova così illegalmente eseguita ed il decorrimento del termine che ne sarebbe il risultato, non trae seco, necessariamente ed in tutti i casi, la decadenza dal diritto di poterla ancora sperimentare. E però doveva la corte, dopo di aver riconosciuta e dichiarata la nullità dell'esame testimoniale, prima di pronunciarne la decadenza, disaminare se, tuttochè trascorso il termine utile, soccorresse alla condizione della parte interessata una qualche circostanza,

considerata dalla legge quale motivo sufficiente per la ripristinazione dei termini stessi e la integrazione del diritto di prova. Sicchè, a ragione si duole il ricorrente, col mezzo secondo del ricorso, che il magistrato di merito non si fosse proposto il quesito, e giustamente censura poi la sentenza, di avere, insieme, violate esplicite disposizioni di legge col dichiararne la decadenza. Poichè se vero è che per l'art. 46 i termini perentori sono, di regola, improrogabili dall'autorità giudiziaria, lo stesso articolo per altro riconosce la possibilità di eccezioni contrarie aggiungendo nell'ultimo suo inciso « salvo i casi eccettuati dalla legge ». E ricercando tra le prescrizioni che disciplinano appunto la prova dei testimoni si riscontra effettivamente nell'art. 249 una derogazione a tale principio, la quale concerne proprio il caso in esame, della nullità cioè in tutto od in parte dello esame testimoniale. « Quando l'esame, dispone detto articolo, sia dichiarato nullo per colpa del giudice, del cancelliere, del procuratore o dell'usciere, è rinnovato... » e subito dopo « il termine per il nuovo esame è stabilito dalla sentenza che pronunziò la nullità, e decorre ».

Che poi ricorra nella specie il caso di colpa di taluna delle persone ivi contemplate, sia dessa il procuratore, sia il cancelliere che non attese alla sentenza di delegazione nello stendere il provvedimento, sia di entrambi egualmente, o più del primo che ne fu causa primigenia, che dell'altro che vi si fidò, o di chi altro, è cosa che non tollera dubbio, poichè fu appunto cotesta oscitanza che determinò l'illegale provvedimento di delegazione, causa della nullità dello esame testimoniale, dichiarata dal giudice di merito.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

10 gennaio 1907 n. 6

Pagano *Pres.* — Giordani *Est.*

Ortensi (avv. *V. Scialoia*) contro Torlonia (avv. *C. Santucci*).

Pecca di contraddizione la sentenza che, mentre ammette la possibilità per il feudatario di sottrarre alcuni terreni al pascolo per darli a coloni diventati poscia perpetui in virtù della prescrizione centenaria, nega al feudatario la potestà di fare concessioni ufficiali di pascolo a cagione della esistenza delle servitù civiche ed aggiunge che per tali concessioni non è invocabile la prescrizione suddetta (1).

Servitù civiche sono soltanto quelle che riguardano la generalità degli abitanti, e non già quelle concernenti singoli utenti, le quali, pur essendo di natura affine alle prime, debbono abolirsi in virtù della legge 3 agosto 1891, ma la loro abolizione deve aver luogo in confronto dei privati che le godono, cui spetta l'indennità ((2).

La Corte, ecc. — Osserva *in fatto* che nel Comune di Farnese, durante il regime feudale, i feudatari con speciali convenzioni concedettero ad alcuni abitanti di quel Comune diversi terreni per la semina del grano a turno di terzeria e cono l'onere di corrispondere, pure ogni triennio, un canone fisso; e tali terreni furono detti *appadronati* perchè concessi a titolo di dominio.

In seguito alla legge del 24 giugno 1888 sull'affrancazione delle servitù civiche nell'ex stato pontificio, con atto del 10 febbraio 1892 debitamente omologato dalla Giunta di arbitri di Viterbo, la principessa Anna Maria Torlonia, succeduta agli antichi feudatari del territorio di Farnese, ottenne mediante un corrispettivo in terreni e canoni ed altre prestazioni l'affrancazione dei fondi situati nelle contrade Poggio del Cervo e Cavalline, Poggio del Corniolo e Piano di Lame.

Nell'art. 8 di quell'atto si dichiarò che l'intera superficie affrancata doveva essere assolutamente libera di ogni e qualsiasi servitù civica, spettante sia al Comune di Farnese, sia ai privati cittadini; che per qualunque pretesa, che in seguito fosse stata accampata da chicchessia, il Comune aveva verso la casa Torlonia l'obbligo alla rilevazione di garanzia ma che rimanevano impregiudicati e salvi i diritti dei terreni appadronati e dei proprietari delle erbe da falce.

Dopo la detta affrancazione un tal Alessandro Ortensi, possessore di vari terreni appa-

---

(1-2) Sull'argomento rimandiamo alle brevi, ma interessanti osservazioni che fa a questa sentenza il CIOLFI nella sua *Rivista universale*, anno 1907, 1, 103, non dichiarandosi soddisfatto di essa.

Si consulti anche il libro del CIOLFI, *I demani popolari e le leggi agrarie*, pag. 20 e seg.

dronati, continuò nell'anno precedente alla semina, o di falciatura, a far pascolare nei limitrofi fondi affrancati i buoi destinati per arare i terreni da lui posseduti, ritenendo che tale diritto di pascolo gli spettasse non *uti civis*, ma *uti dominus*, e costituisce perciò, non già una servitù civica, ma una vera e propria servitù prediale, stabilita per la natura stessa del contratto di appadronato o colonia perpetua, ed anche per consenso immemorabile.

Senonchè la principessa Torlonia, dopo un procedimento penale per pascolo abusivo, procedimento definito con la dichiarazione di insistenza di tale reato, con citazione del 13 agosto 1900 convenne l'Ortensi davanti al Tribunale di Viterbo per far dichiarare non solo che dovenvansi ritenere liberi da ogni servitù i suoi fondi limitrofi a quelli appadronati posseduti dall'Ortensi, ma altresì che il diritto di appadronato doveva limitarsi alla sola semina del grano a turno di terzeria e che perciò dovevasi escludere la semina del granturco e di altri cereali nell'anno di preparazione alla semina del grano.

Con sentenza del dì 8 marzo 1901 il Tribunale di Viterbo, ritenuto che i documenti esibiti dalle parti litiganti non valessero a giustificare le loro rispettive deduzioni, ammise il convenuto a provare con testimoni i seguenti fatti:

1. che sempre e da tempo immemorabile i possessori di terreni appadronati avevano esercitato nell'anno di falciatura o di preparazione alla semina del grano il diritto esclusivo di pascolo col bestiame addetto al lavoro della semina dal dì 8 marzo al 30 novembre sui limitrofi terreni di casa Torlonia situati nelle contrade Poggio di Cervo o Cavalline e Majolo e dopo la falciatura fino al 30 novembre sui prati di Olpita;

2. che il pascolo anzidetto era stato sempre riservato ai buoi aratori dei terreni appadronati, con esclusione di ogni altro bestiame dei cittadini di Farnese, e che ne fruivano anche i buoi dei forestieri, se addetti alla lavorazione ed alla semina di quei terreni;

3. che nei terreni medesimi, quando ricorreva il turno di rompitura, si era da tempo immemorabile effettuata la coltivazione del granturco ed altri cereali prima di quella del grano

Contro tale sentenza l'attrice produsse appello, che poi per la morte di lei fu riassunto dai suoi eredi, cioè dal marito principe Giulio Torlonia e dai figli Giovanni, Carlo, Teresa e Maria, i quali dichiararono esplicitamente che rinunziavano al capo della domanda relativa al divieto della semina del granturco e di altri cereali nell'anno precedente al turno di semina del grano. A sostegno dell'altro capo della domanda, dedussero che la pretesa servitù di pascolo era esclusa dagli altri contratti di concessione, che non parlavano affatto di quella servitù, dal catasto Piano del 1773 e da una perizia fatta eseguire dal Comune di Farnese il 1891, che faceva menzione soltanto delle riserve di pascolo a favore dei buoi aratori in genere e dell'obbligo che i proprietari dei buoi stessi avevano di pagare al Comune un corrispettivo di 50 o 55 scudi; e soggiunsero che la prova testimoniale ammessa dal Tribunale era inopportuna ed illegale, sia perchè i fatti articolati per quella prova erano smentiti dai documenti, sia perchè non potevano essere deposti se non da persone direttamente od indirettamente interessate, sia perchè si riferivano ad un tempo, al quale la memoria dei viventi non poteva arrivare, sia perchè implicavano anche un giudizio sul fondamento e sulla natura giuridica della controversa servitù.

Con sentenza del 15 maggio 1903 la Corte di appello di Roma osservò innanzi tutto che era cessata la materia del contendere sul capo della domanda, al quale gli appellanti avevano rinunziato, e che quindi si doveva eliminare dalla prova testimoniale il fatto concernente il detto capo di domanda.

Limitata così la controversia al solo diritto di pascolo, la Corte considerò che l'unica questione da risolvere consisteva nello stabilire quale fosse l'indole giuridica della controversa servitù, cioè dell'uso del pascolo esercitato dai possessori di terreni appadronati, sostenendo gli appellanti Torlonia che tale uso costituisse una servitù civica, e che quindi fosse cessato con l'atto di affrancazione del 1. febbraio 1892, e sostenendo invece lo appellato Ortensi che quell'uso fosse una dipendenza del diritto di appadronato, come quello che era necessario per l'alimentazione dei buoi nei terreni di terzeria e durante la lavorazione per la semina del grano, e quindi virtualmente compreso ed incluso nella riserva espressamente fatta nello stesso atto di affrancazione.

Osservò poi la Corte che tale questione non poteva essere risoluta soltanto in base ai documenti esibiti dagli appellanti, sia perchè il silenzio negli atti di concessione di terreni appadronati non valeva ad escludere il diritto preteso dall'Ortensi, che poteva essere un elemento naturale od una dipendenza del diritto i appadronato, sia perchè nè il catasto Piano, nè la perizia del 1891 fornivano argomento di una prova sicura, tanto più che la perizia era per l'Ortensi *res inter alios*, sia in fine perchè la servitù da lui pretesa, quand'anche non fosse stata una pertinenza del diritto di appadronato poteva essersi costituita a danno del feudatario in forza della prescrizione.

Soggiunse la Corte che il Tribunale aveva per ciò giustamente ammesso la prova testimoniale proposta dall'Ortensi, che i dubbi sollevati dagli appellanti Torlonia circa la credibilità dei testimoni non rendevano inammissibile la detta prova, salvo a valutarne le circostanze, e che in fine la disposta prova testimoniale aveva per oggetto, non già apprezzamenti e giudizii sull'indole del controverso diritto, ma semplici fatti.

Quindi la Corte dichiarò cessata la materia del contendere circa il diritto dell'Ortensi a seminare a turno di terzeria nei terreni da lui posseduti non solo il grano, ma anche il granturco ed altri cereali, eliminò dalla disposta prova testimoniale il capitolo relativo a quel diritto, ed ordinò che con tale modificazione si eseguisse la sentenza appellata.

Tornata la causa al Tribunale gli eredi Torlonia, prima che si procedesse all'esame testimoniale, con atto del 30 ottobre 1903, citarono il Comune di Farnese affinchè intervenisse nel giudizio per rilevarli da ogni molestia giusta il surriferito articolo 8 dell'atto di affrancazione.

Esaurito l'esame testimoniale e riproposta poi la causa dai Torlonia per la decisione, il Tribunale di Viterbo con sentenza del 26 luglio 1904:

1. Dichiarò che spettava all'Ortensi nella sua qualità di possessore di terreni appadronati nel comune di Farnese il diritto di far pascolare le bestie addette al lavoro nell'anno della semina dall'8 marzo al 30 novembre nei terreni appartenenti ai principi Torlonia nelle contrade Poggio del Cervo o Cavalline e Maiolo, e dopo la falciatura fino al 30 novembre anche nei prati dell'Olpita, e per conseguenza respinse la domanda proposta dalla principessa Donna Anna Maria Torlonia con la citazione del 13 agosto 1900 e riassunta dai suoi eredi;

2. Respinse la domanda in garanzia proposta dai Torlonia contro il comune di Farnese.

Appellarono i soccombenti principi Torlonia e la Corte d'appello di Roma con sentenza del 5 maggio 1905:

1. Accolse il suo gravame nei rapporti con l'Ortensi e per l'effetto, riformando il primo capo della sentenza appellata, dichiarò non spettare all'Ortensi il diritto di pascolo da lui preteso, riservò agli appellanti ogni azione da far valere in separata sede per gli eventuali danni cagionati mediante l'esercizio di quel preteso diritto, e condannò l'Ortensi a tutte le spese del doppio giudizio a favore degli appellanti;

2. Rigettò il gravame dei Torlonia nei rapporti del Comune di Farnese, e condannò gli appellanti a rivalere a quel Comune anche le spese del giudizio di secondo grado.

Contro tale sentenza il soccombente Ortensi interpose ricorso per cassazione, deducendo otto mezzi di annullamento.

Con sentenza in data di oggi questo Supremo Collegio a Sezioni unite ha respinto il secondo mezzo del detto ricorso ed ha rinviato a questa Sezione civile lo esame di tutti gli altri mezzi di annullamento.

La Corte considera che col primo mezzo il ricorrente censura la denunziata sentenza:

1. Per violazione degli articoli 1350 num. 3 e 1351 del Codice civile, perchè a suo dire la Corte di merito, mentre con la sentenza del 15 maggio 1903 aveva già risoluto la questione se il controverso diritto di pascolo fosse una servitù privata o civica, fosse o pur no compreso nell'atto di affrancazione del 10 febbraio 1892, con la sentenza denunziata riprese in esame la stessa questione e la decise in senso contrario a quanto aveva già irrevocabilmente dichiarato con la precedente sentenza, con la quale aveva ritenuto che il controverso diritto di pascolo costituisse una servitù privata, e che occorresse soltanto provarne l'esistenza;

2. Per difetto di motivazione per non aver la Corte di merito addotto alcuna ragione, che valesse a giustificare il nuovo suo giudizio.

Ora queste due censure sono prive di qualsiasi fondamento.

Infatti è infondata la prima censura, perchè la Corte di merito con la sentenza del 15 maggio 1903 nel confermare quella del Tribunale, con la quale era stata ammessa la prova testimoniale chiesta dall'Ortensi, osservò che pei documenti prodotti dagli appellanti Torlonia non si poteva con sicuro criterio affermare che il controverso diritto di pascolo costituisse un diritto civico, e quindi dichiarò, come aveva fatto il Tribunale, che restava sospesa ed impregiudicata, fino all'esito della prova testimoniale, ogni decisione nel merito della controversia e sopra ogni altra eccezione.

E' parimenti infondata la seconda censura perchè la Corte di merito addusse diverse ragioni per dimostrare come il controverso diritto di pascolo costituisse una servitù civica e fosse quindi compreso fra gli usi civici affrancati con la convenzione del 10 febbraio 1892.

Considerato che con la denunziata sentenza la Corte di merito dichiarò che il diritto di pascolo, che l'Ortensi pretendeva di esercitare sui fondi limitrofi a quelli appadronati, da lui posseduti, non poteva essere riguardato se non come una forma speciale delle servitù civiche di pascolo, sia perchè queste servitù collettive ebbero probabilmente un'origine anche anteriore al feudo, e non si poteva quindi ammettere che contro di esse fosse sorta la pretesa servitù prediale per concessione del feudatario, il quale non aveva facoltà di concederla, sia perchè tale servitù prediale non poteva neppure sorgere per la equivocità del possesso di chi la godeva, essendo il possessore anche cittadino di Farnese, e quindi usufruttuario del pascolo anche *uti civis;* e conseguentemente la Corte giudicò che il preteso diritto di pascolo, essendo un diritto civico, fosse compreso tra quelli affrancati con l'atto del 10 febbraio 1892.

Ora, così giudicando, la Corte di merito come il ricorrente sostiene coi mezzi terzo, quarto, quinto e sesto, non solo incorse in contraddizione, ma violò anche gli articoli 1, 2, 7 e 18 della legge del 3 agosto 1891, n. 510 sull'affrancazione delle servitù civiche nell'ex stato pontificio.

Invero la Corte innanzi tutto incorse in un evidente contradizione, perchè mentre ammise che il feudatario potesse sottrarre dei terreni al pascolo per destinarli alla semina e concederli a coloni, considerati quasi padroni, e che costoro in forza della prescrizione centenaria avessero acquisito il così detto diritto di appadronato, ritenne poi che il feudatario non potesse fare delle concessioni speciali di pascolo a cagione della esistenza delle servitù civiche, e che per tali concessioni non si potesse invocare la detta prescrizione.

Inoltre la Corte di merito incorse in un difetto di motivazione, perchè non addusse alcuna ragione per escludere ciò che l'Ortensi sosteneva in base alle deposizioni testimoniali, che, cioè, la speciale servitù di pascolo spettante ai possessori di terreni appadronati sui fondi limitrofi potesse essere goduta anche da forastieri, non cittadini di Farnese, e che quindi non potesse riguardarsi come servitù civica, e soltanto si limitò ad affermare, senza dimostrarlo, che i forestieri potevano esercitare la detta servitù, ma come dipendenti dai cittadini di Farnese possessori dei terreni appadronati.

La Corte di merito violò poi i citati articoli della legge del 3 agosto 1891 n. 510 qualificando come civica la detta servitù di pascolo, mentre sono civiche soltanto le servitù, che riguardano le generalità degli abitanti, e non già quelle concernenti singoli utenti, le quali, pur essendo di natura corrispondenti a quelle delle servitù civiche, debbono essere abolite in forza della citata legge del 3 agosto 1891, ma la loro abolizione deve essere fatta in rapporto ai privati che le godono, ai quali deve essere corrisposta l'indennità.

Infine la Corte, mentre ammise che l'atto di affrancazione del 10 febbraio 1892, avesse fatto salvo qualsiasi diritto spettante ai possessori dei terreni appadronati, poi, contraddicendosi, incluse in quella affermazione anche il controverso diritto speciale di pascolo attribuito esclusivamente ai possessori dei detti terreni.

Quindi debbono essere accolti i mezzi 3.o, 4.o, 5.o e 6.o del ricorso, e conseguentemente per tali mezzi occorre annullare la denunziata sentenza.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

11 gennaio 1907 n. 14

Pagano *Pres.* — Giordani *Est.*

Ditta Giommi (avv. *M. Amar, C. Vivante* e *P. Grippo*) contro Ditta Saxlhener (avvocato *V. Scialoia*).

E' contraddittoria la sentenza che, mentre dice lecito l'uso l'uso del nome del prodotto altrui per istituire un confronto col proprio, dichiara concorrente sleale chi usa il nome del prodotto naturale, per smerciare il prodotto artificiale, facendovi delle aggiunte e varianti, che la sentenza non esamina per decidere se con esse sia possibile una vera confusione tra i due prodotti (1).

La Corte a sezioni unite, ecc. — Nel ragionamento della denunziata sentenza la Corte di Macerata ritenne che la denominazione usata dalla Società A. Giommi e C. potesse produrre, per omonimia ed altre analogie ingannevoli, il pericolo di confusione, anzi la confuzione effettiva tra l'acqua artificiale di quella Società e l'acqua naturale spettante alla Ditta resistente, e quindi la usurpazione del credito acquistato dall'acqua naturale.

Ciò posto, la Corte di Macerata avrebbe dovuto logicamente vietare alla Società A. Giommi e C. non già qualsiasi uso della denominazione dell'acqua naturale, ma soltanto quel determinato uso pel quale ritenne possibile ed anzi effettivamente avvenuta la confusione tra i due prodotti. In altri termini, la Corte di Macerata avrebbe dovuto ordinare i provvedimenti idonei ad eliminare la confusione, ma non mai vietare assolutamente l'uso del nome dell'acqua naturale, accompagnato da aggiunte e varianti per la designazione di un prodotto artificiale e similare.

Col dispositivo della denunziata sentenza, invece, la Corte di Macerata giudicò nel seguente modo:

1. Dichiarò di esclusiva proprietà della Ditta resistente il nome dalla Ditta medesima adoperato per designare l'acqua naturale a lei spettante;

2. Dichiarò illegittimo l'uso della detta denominazione fatta dalla Società A. Giommi e C. per designazione della sua acqua omonima, e quindi responsabile essa Società di concorrenza sleale;

3. Di conseguenza condannò la medesima Società Giommi a non fare più uso della detta denominazione, comunque adoperata con varianti ed aggiunte.

Ora, così giudicando, la Corte di Macerata, come la Società A. Giommi e C. sostiene, col IV mezzo di annullamento, incorse in una evidente contraddizione, ed inoltre dimostrò di non aver ben compresa la questione ch'essa doveva risolvere per decidere sulla controversia.

Incorse quella Corte in una evidente contraddizione, perchè, come di sopra si è notato, avendo essa ritenuto, nelle considerazioni della denunziata sentenza, che la Società A. Giommi e C. dovesse rispondere di concorrenza sleale a danno della società resistente unicamente per il titolo di confusione tra i loro prodotti e per la conseguente usurpazione del credito conquistato dal prodotto naturale, non avrebbe dovuto nel dispositivo della sentenza medesima dichiarare illegittimo l'uso di questo prodotto, anche quando tale nome fosse adoperato con varianti ed aggiunte, ma avrebbe dovuto, invece, dichiarare non essere sufficienti le aggiunte e varianti usate dalla Società Giommi per la designazione del suo prodotto artificiale e dare i provvedimenti necessari perchè le aggiunte e le varianti fossero tali da impedire che la confusione tra i due prodotti continuasse.

(1) E' questa una causa che minaccia di non finir mai, e la colpa in proposito è veramente dei magistrati, molti dei quali non hanno nozioni sicure sul tema della sleale concorrenza, che, dopo tutto, è tema di eccezionale interesse.

Un'opera pregevolissima in argomento è quella di L. DI FRANCO, inserita nel *Digesto italiano*, voce *Nomi, marchi e segni distintivi di fabbrica*. Al DI FRANCO dobbiamo ancora un'ottima relazione *Per la tutela dei diritti industriali*, in *Riv. pen.*, fasc. febbraio del 1905, un volume su *Le indicazioni di provenienza dei prodotti* (S. Maria Capua Vetere, Gavotta, 1907), ed altri articoli sparsi per le riviste (v., ad esempio, *Legge*, 1906).

Circa il fondamento giuridico della concorrenza sleale può consultarsi A. S. MARTORELLI nella *Rass. di diritto ind.*, 1906, pag. 83.

Per la giurisprudenza locale si vegga in questa nostra Raccolta, anno 1906, pag. 86, ed i richiami ivi fatti a sentenze anteriori.

Con la detta contraddizione tra le considerazioni ed il dispositivo della denunziata sentenza la Corte dimostrò inoltre di non aver ben compreso la questione, ch'essa doveva risolvere per la decisione della controversia.

Invero la Società A. Giommi e C., ammesso in via subordinata che il nome dell'acqua naturale spettasse alla ditta resistente, sosteneva di aver diritto all'uso di quel nome, per la designazione del suo prodotto artificiale e similare, avendo essa aggiunto al detto nome indicazioni tali da impedire qualsiasi confusione tra il suo prodotto artificiale ed il prodotto naturale.

In conseguenza, la Corte di Macerata, dopo aver ritenuto che in forza del giudicato spettasse alla Ditta resistente il nome dell'acqua naturale, avrebbe dovuto risolvere la questione se la Società A. Giommi e C., facendo uso del nome dell'acqua naturale per indicare il suo prodotto artificiale, ma con varianti dirette ad instituire un confronto tra il suo prodotto e quello naturale, avesse cagionato e potesse tuttavia cagionare una confusione tra i due prdotti, e quindi la usurpazione del credito conquistato dall'acqua naturale; ma quella Corte di Appello, mentre nelle considerazioni della denunziata sentenza pose la questione in tali termini, perchè, uniformandosi alle considerazioni contenute nelle decisioni pronunziate da questo Supremo Collegio nel 10 febbraio 1904, dichiarò esser lecito a chicchessia di adoperare il nome di un prodotto altrui allo scopo di istituire un confronto tra quel prodotto ed il prodotto proprio, col dispositivo della sentenza dimostrò di non aver risoluta quella questione, avendo dichiarato la Società A. Giommi e C. responsabile di concorrenza sleale per l'uso illegittimo del nome del prodotto naturale, e condannato la Società medesima a non servirsi più di tale nome, quantunque adoperato con varianti ed aggiunte.

Essendo, quindi, fondate le censure contenute nel IV mezzo, si deve annullare la denunziata sentenza della Corte di Macerata.

---

(1) Giustissimo: e può bastare persino la quietanza del venditore, quando la medesima sia in possesso del compratore (Cass. Roma 20 gennaio 1886, *Foro ital.* 1886, 1, 518; C. Nap. 12 maggio 1891, *id.* 1891, 1, 659; C. Tor. 12 dicembre 1906, *Mon. Trib.* 1907, 286).

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

18 gennaio 1907, n. 25

Caselli *Pres.* ... Natale *Est.*

Demanio (avv. erariale *La Monica*) contro Bonetti (avv. *F. Rosaspina*).

Una vendita immobiliare può provarsi anche con lettere reciprocamente scambiatesi fra parti (1)

La redazione dell'atto pubblico nulla aggiunge alla perfezione di tale vendita (2).

La Corte ecc. — La doglianza dell'amministrazione ricorrente contenuta nel primo mezzo non ha fondamento.

La denunziata sentenza con apprezzamento di fatto insindacabile ritiene che, mercè lettere scambiate tra l'amministrazione demaniale e la Bonetti-Berarducci, la prima si obbligò di vendere, la seconda si obbligò di comprare per il prezzo di lire 400, a trattative private, il fondo, lotto primo, dell'elenco 312, rimettendo ad altro giorno la redazione dello istrumento.

Poste queste condizioni di fatto, la illazione che ne trae il tribunale col riconoscere che il contratto non restò nei limiti di una semplice promessa, ma fu un contratto perfetto, definitivo, obbligatorio fra le parti, è logica e giuridicamente corretta. Per fermo, la vendita è un contratto per cui uno si obbliga a dare una cosa e l'altro pagarne il prezzo (art. 1447 codice civile) e la vendita è perfetta tra le parti e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore nel momento in cui è convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non ancora sia eseguita la tradizione della cosa, nè sia pagato il prezzo (art. 1448 codice civile).

Completa per tanto tra le parti è la compra e vendita se concorrono i tre elementi che la costituiscono: consenso, cosa e prezzo.

Or, che nella specie non mancasse tale consenso non se ne può dubitare, posto che, come il tribunale ha riconosciuto dopo d'esame dei prodotti documenti, l'amministrazione demaniale e la Bonetti-Berarducci si obbligavano

---

(2) Anche questa massima è esatta. Cfr. A. Napoli 12 giugno 1874, est. NIUTTA, in *Annali* VIII, 2, 527; Cass. Palermo 29 agosto 1895, *Foro sic.* 1895, 379; A. Roma 14 giugno 1892, *Temi rom.* 1892, 316; A. Casale 12 giugno 1900, *Giur. tor.* 1900, 746.

rispettivamente di vendere e di comprare quel determinato predio a trattative private ed al prezzo di lire 400 concordato tra le parti, ponendo così in essere tutte le condizioni richieste dalla legge per aversi il contratto perfetto ed il trapasso della proprietà dal venditore al compratore.

Nè per trattarsi di vendita di immobile mancò l'altro requisito dell'atto scritto imposto *ad substantiam* dall'art. 1314 codice civile, dappoichè, come pure il tribunale rileva in fatto, le dichiarazioni tra l'amministrazione e la Bonetti-Berarducci avvennero mercè lo scambio di corrispondenza epistolare. E non vi ha dubbio che le lettere equivalgono alla scrittura privata allorchè contengono convenzioni, le quali tanto nell'uno che nell'altro caso sono affidate allo scritto.

Non è poi da dubitare, e non ha il tribunale dubitato, che le lettere portassero le firme, essendo inconcepibile la lettera privata senza firma di colui che la spedisce.

Non sussistono pertanto le violazioni di legge in questo primo mezzo indicate.

Attesochè non hanno consistenza neppure le altre menzionate nel secondo mezzo. Posto il contratto perfetto ed obbligatorio tra le parti contraenti, la posteriore redazione dell'istrumento nulla poteva aggiungere alla perfezione ed obbligatorietà delle quali il contratto stesso era rivestito col consenso, con la determinazione della cosa e del mezzo, espressi in atto scritto.

L'istrumento non poteva servire che a dare suggello della pubblica fede al contratto e rendere possibili le operazioni posteriori, quali la voltura catastale e la trascrizione per dare efficacia alla compra e vendita, anche di fronte ai terzi. La perfezione del contratto ed il *vinculum juris* con esso stabilito rese illegittimo ed arbitrario, come pur giustamente ritiene la sentenza denunciata, l'operato posteriore dell'amministrazione contraente, che, dopo aver venduto definitivamente e senza riserve e condizioni il predio alla Bonetti-Berarducci, lo licitava ad altri con violazione dell'articolo 1123 codice civile.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

19 gennaio 1907 n. 29

Basile *Pres.* — Niutta *Est.*

Partecipanza Agraria di Castelviscardo (avvocato *G. Auriti*) contro Spada — Veralli ed altri (avv. *C. Fani*).

Il principio di rimanere spogliati il Tribunale e la Corte, la cui sentenza sia stata cassata, di ogni giurisdizione riguardo alla causa già portata alla loro conoscenza è applicabile sempre quando si tratti del seguito del medesimo giudizio, ancorchè vi siano questioni da risolvere, non pregiudicate dall'annullamento; ma non è applicabile, invece, a giudizi nuovi, che sorgano sia pure in occasione di qualche punto più deciso nel giudizio anteriore (1).

La costituzione delle associazioni o partecipanze agrarie pel godimento dagli usi civici avviene per effetto di un procedimento amministrativo: quindi, contestandosi avanti la Giunta d'arbitri la legittimità della costituzione delle associazioni o partecipanze, non può la Giunta pronunciarsi (2).

La Corte a Sezioni Unite ecc. — Osserva in fatto che nell'anno 1894 parecchi naturali di Castelviscardo citarono innanzi alla Giunta di arbitri di Orvieto il principe Federigo Spada-Veralli e il Comune di Castelviscardo, per fare dichiarare soggette le terre ex-feudali di quel Comune agli usi civici di seminare, di pascolare, di legnare e di esercitare altre servitù minori.

Che la Giunta degli arbitri giudicando su tale domanda e sulle eccezioni del convenuto principe Spada escluse l'esistenza del diritto di seminare e di dissodare, disse di mera tolleranza l'uso dello spigolare, ammise una prova testimoniale per l'uso dei diritti di pascere, fidare, legnare, cavar pietre ed arena e cuocer calce.

Che appellarono da tale sentenza in via principalissima i naturali e per incidente il principe Spada, e la Corte d'appello di Anco-

(1) E' questo l'incontrovertibile significato dell'art. 543 Cod. proc. civ., a riguardo del quale si vegga, da ultimo, la decisione 31 gennaio 1906 della stessa Cass. Roma, nella presente Raccolta, anno 1906, pag. 169, con richiami in nota.

(2) La causa, in cui è intervenuta la decisione che commentiamo, si dibatte da tempo non breve (ved. Cass. Roma 4 marzo 1897, in *Riv. univ.*, XI, 1, 129).

Sull'argomento della massima scrisse dottamente l'avv. CIOLFI in nota al parere 10 febbraio 1906 del Cons. di Stato, inserito nella stessa *Riv. univ.*, annata 1906, parte III, col. 1.

na (Sezione di Perugia), con pronunzia dei 4 aprile 1896 dichiarò dimostrato il diritto di pascere nei prati non riservati e non chiusi, eccettuato il prato di Castello riguardo al quale mantenne la prova testimoniale ordinata dalla Giunta per la dimostrazione di cotal diritto; ammise anche il diritto di fidare nelle macchie di Stitiano ed in quelle solite ad essere riservate per lo stesso obbietto, non che, sotto certe condizioni e limitazioni, il diritto di legnare e di prendere le foglie; confermò la sentenza della Giunta in quanto vennero esclusi di seminare e dissodare e gli altri dalla detta sentenza non ammessi.

Che la sentenza della Corte venne annullata in seguito a ricorso dei naturali nelle parti contrarie ai medesimi, e la Corte di Roma con pronunzia, in grado di rinvio, pei 10 giugno 1902, ammise la prova testimoniale per dimostrare che gli abitanti di Castelviscardo avevano sempre esercitato sulle terre feudali gli usi civici di dissodare e seminare, di spigolare, di tagliare legna verde anche per uso agricolo e industriale e di far fornaci di calce senza alcuna restrizione, come pure di cavar terra ed arena.

Che dietro ricorso del principe Spada questa sentenza fu cassata nel solo capo in cui si dichiarò passata in giudicato la sentenza della Corte d'appello di Perugia quanto all'ammesso diritto di pascolo anche sul prato di Castello, mentre riguardo al terreno, con quel pronunziato era stata soltanto confermata la sentenza della Giunta che aveva ordinata la prova testimoniale.

Che la causa riguardo al detto capo fu rinviata alla Corte di appello di Aquila ove trovasi tuttora pendente.

Che venivano pubblicati intanto gli elenchi dei terreni soggetti agli usi civici riconosciuti solla sentenza della Corte di Perugia ed a cura del prefetto della provincia fu pure promossa la costituzione degli utenti in formale associazione ai sensi della legge 4 agosto 1904.

Che l'associazione ebbe difatti a costituirsi il di 3 agosto 1902 in seguito alla convocazione degli utenti fatta da un consigliere della prefettura all'uopo incaricato, e ad essa fu dato il nome di Partecipanza agraria di Castelviscardo e Viceno.

Che il verbale dell'adunanza fu pubblicato nell'albo pretorio senza che alcun reclamo intervenisse, e soltanto il principe Spada fece ricorso al Ministero di agricoltura, industria e commercio impugnando la legalità della esistenza di detta partecipanza prima che vi fosse un dominio collettivo da amministrare, ma il ricorso fu respinto.

Che lo stesso principe Spada produsse opposizione innanzi la Giunta di arbitri di Orvieto contro gli elenchi de' terreni soggetti agli usi civici, che non avevano origine feudale, che altri beni vi erano stati inclusi che dovevano ritenersi liberi da ogni servitù civica, e che per taluni terreni l'estensione indicata negli elenchi non corrispondeva a quella sulla quale le servitù erano state esercitate secondo l'ultimo possesso di fatto.

Che col medesimo atto impugnò l'attore la costituzione della partecipanza agraria di Castelviscardo per non essersi osservate nella convocazione degli utenti e nelle deliberazioni prese dall'assemblea le formalità stabilite dalla legge, ed anche perchè non vi era ancora luogo ad una valida costituzione di detta partecipanza quando non erano stati peranco liquidati i compensi in rendite o in terreni che in cambio delle affrancate servitù potevano formare oggetto di un dominio collettivo affidato all'amministrazione di detto istituto.

Che la Giunta di arbitri dichiarò la propria incompetenza a giudicare se la partecipanza fosse stata legalmente costituita, e pronunziando sul merito delle opposizioni prodotte dallo Spada contro la regolarità degli elenchi dei beni soggetti a servitù civiche, ordinò la formazione di nuovi elenchi più conformi alle disposizioni della legge dei 3 agosto 1891 mediante l'opera di un perito nella sentenza stessa nominato: ammise poi la partecipanza ed i naturali intervenuti in giudizio a provare con testimoni di avere gli abitanti di Castelviscardo esercitato gli usi civici su quei terreni di cui il principe aveva chiesta la eliminazione dagli elenchi, e di avere il medesimo principe operato delle innovazioni in pregiudizio dei loro diritti con tagli di alberi eseguiti nei fondi.

Che si gravarono di cotesta sentenza tanto la partecipanza agraria ed i naturali, quanto il principe Spada, il quale la impugnò principalmente nel capo relativo alla dichiarazione d'incompetenza a giudicare sulle eccezioni da lui proposte contro la legale costituzione della partecipanza agraria.

Che la Corte di Perugia con sentenza dei 5 aprile 1905 accolse quest'ultimo gravame e

dichiarando competente la Giunta di arbitri a giudicare sulla detta pregiudiziale eccezione rinviò all'uopo la causa a quel collegio per le relative statuizioni sul merito della eccezione stessa, e sospese intanto di giudicare sugli appelli in quanto riguardavano le opposizioni del principe Spada agli elenchi de' terreni soggetti agli usi civici.

Che contro cotesta sentenza hanno prodotto ricorso la partecipanza agraria e i naturali di Castelviscardo deducendo quattro motivi di annullamento.

1. Che col primo motivo si sostiene che competente a giudicare sulle appellazioni proposte dalle parti avverso la sentenza della Giunta di arbitri di Orvieto non era la Corte di Perugia bensì quella di Aquila, essendo stata a questa ultima Corte rinviata la causa introdotta dai naturali di Castelviscardo per il riconoscimento dei loro diritti civici dopo l'annullamento della sentenza della Corte di Roma che già aveva in essa pronunziato in grado di rinvio, dovendosi ritenere come una continuazione della medesima causa il giudizio poscia istituito dal principe Spada per fare rettificare gli elenchi dei terreni soggetti alle servitù civiche riconosciute in favore degli abitanti con la prima sentenza pronunciata dalla Corte di Perugia.

Che una siffatta eccezione manca di giusto fondamento: imperocchè se il nuovo giudizio promosso dal principe Spada dinanzi la Giunta di arbitri può riannodarsi a quello contro di lui istituito dai naturali di Castelviscardo, in quanto è diretto a far determinare quali e quanti siano i terreni che debbono reputarsi soggetti a quegli usi civici che già sono stati ammessi a favore dei naturali, certo è però che essa non ha alcuna dipendenza da quella parte della sentenza della Corte di Roma che venne annullata rinviandone l'esame alla Corte di Aquila.

Che la detta sentenza fu annullata soltanto nel capo in cui ammise l'esistenza del giudicato quanto al diritto di pascolo sul territorio denominato Prato di Castello, e il rinvio ordinato rispetto a tal capo non può avere alcuna influenza sulle questioni che formano oggetto del presente giudizio istituito dal principe Spada con nuovo libello diretto non già a constatare l'esistenza degli usi civici, ma a far limitare i terreni sui quali possono essere esercitati quelli di tali usi che furono già riconosciuti.

Che invero la sentenza pronunziata dalla Corte di Perugia nella causa promossa dai naturali ammise in parte taluni degli usi civici reclamati e taluni altri che erano i più importanti dichiarò inesistenti.

Che la sentenza venne annullata riguardo a questa seconda parte sulla quale ebbe di nuovo a giudicare la Corte di Roma con sentenza che fu anche annullata con rinvio alla Corte di Aquila.

Che nella prima parte la sentenza di Perugia rimase ferma e passò in giudicato, e relativamente agli usi civici con essa riconosciuti vennero pubblicati gli elenchi dei terreni soggetti, contro i quali insorse il principe Spada istituendo il presente giudizio.

Che col medesimo si è posta quindi in essere una nuova controversia la quale riguarda la esecuzione da dare alla prima sentenza della Corte di Perugia nella parte in cui ha già fatto passaggio in cosa giudicata; e come su tale controversia ha pronunciato in primo grado la Giunta di arbitri in seguito di apposita istanza proposta con formale libello e non già perchè fosse riassunzione e prosecuzione di precedente giudizio non ancor definito, così l'appello della sentenza emessa dalla Giunta non poteva essere recato se non alla Corte territoriale.

Che il principio di rimanere spogliati il Tribunale e la Corte, di cui la sentenza sia stata cassata, di ogni giurisdizione riguardo alla causa già portata alla loro conoscenza, è applicabile sempre quando si tratti del seguito e della continuazione del medesimo giudizio ancorchè vi sieno questioni da risolvere, che non sono state pregiudicate dall'annullamento; ma non può essere esteso ai nuovi giudizi e alle nuove istanze che le parti vengano proponendo, sia pure che la ragione o la occasione che le faccia sorgere abbia a rinvenirsi in qualche punto già deciso nel diverso precedente giudizio.

Che verrebbesi altrimenti a sottrarre a' giudici naturali una serie di cause affatto indipendenti dalla prima di esse per il loro svolgimento procedurale, sol perchè in quella prima occorse l'annullamento di una sentenza per cui convenne che un diverso magistrato di appello pronunziasse su taluna delle questioni che di detta prima causa formavano obbietto.

2. Che debbonsi per contrario ritenere ben fondati il secondo ed il terzo mezzo del ri-

corso co' quali si sostiene di aver errato la Corte nel dichiarare competente la Giunta di arbitri a risolvere la questione proposta dal principe Spada circa la legalità della costituzione della partecipanza agraria.

Che la Giunta ritenne di non spettare ad essa il decidere se sussistessero le irregolarità di forme onde sarebbesi proceduto alla detta costituzione, per non essere stati diramati gli avvisi dell'adunanza a tutti, per essere stato troppo esiguo il numero dei votanti ed anche perchè, secondo l'assunto del principe Spada, le partecipanze agrarie non possono reputarsi persone giuridiche se non quando sia stata già eseguita l'assegnazione dei terreni con cui debbono essere compensate le affrancate servitù.

Che osservava la Giunta di avvenire la costituzione di simili associazioni per effetto di un procedimento amministrativo la cui regolarità non era dato a quel collegio di riconoscere, nessuna disposizione di legge attribuendo alle Giunte di arbitri istituite per riconoscere la esistenza delle civiche servitù e per procedere alla loro affrancazione, la potestà di giudicare intorno ai reclami che possono farsi dagli interessati contro la legittima costituzione delle associazioni o partecipanze agrarie; le quali formandosi a vantaggio degli abitanti di un Comune o di una frazione di un Comune, svolgono la loro vita sotto la vigilanza e la tutela dell'autorità amministrativa.

Che notava poi la stessa Giunta intorno alla deduzione dello Spada di essere stata la partecipanza di Castelviscardo costituita prematuramente, che neppure era consentito a quel magistrato di entrare a vedere se bene si fosse avvisata l'autorità prefettizia di promuoverne fin da ora la formazione, ma che ad ogni modo era erroneo il ritenere che dovesse attendersi la liquidazione delle indennità e dei compensi spettanti agli abitanti per le affrancate servitù, perchè le dette associazioni acquistassero la personalità giuridica, mentre il bisogno della loro attività a vantaggio degli utenti si manifesta principalmente al momento in cui conviene accertare e identificare i terreni su cui le servitù erano esercitate.

Che la Corte di appello ha invece ritenuto che la Giunta fosse ben competente a giudicare sulle dette questioni, stantechè trattavasi di un'eccezione pregiudiziale con cui veniva impugnata la legittimità di una delle persone tra le quali agitavasi il giudizio, e non da ammettere che il magistrato competente a conoscere del merito della causa non avesse giurisdizione per statuire su di una simile eccezione con cui contendevasi alla parte convenuta la giuridica rappresentanza da essa assunta.

Che con siffatta considerazione la Corte non ha avvertito che la Giunta di arbitri dichiarandosi incompetente a giudicare se sussistessero le ragioni onde il principe Spada voleva desumere la illegale costituzione della partecipanza agraria, non ha punto inteso di declinare la cognizione che certamente le spettava intorno ad una eccezione di legittimità di persona, ma ha voluto significare di non potere una simile eccezione trovar fondamento quando la ragione della impugnativa si faceva consistere nella pretesa inosservanza delle formalità amministrative che dovevano eseguirsi per la convocazione degli utenti e per le loro deliberazioni.

Che cotesto esame a buon diritto giudicò il magistrato di primo grado di essere sottratto alla sua cognizione, non potendo esso entrare a vedere se gli avvisi di convocazione fossero stati regolarmente notificati, se fosse intervenuto all'assemblea il numero necessario di utenti e se la votazione di questi fosse proceduta in modo conveniente.

Che siffatte ricerche potevano dar luogo a reclami da parte degli interessati alla competente autorità amministrativa e non già formare oggetto di discussione avanti la Giunta di arbitri o in generale presso l'autorità giudiziaria, a cui non è dato per fermo di sindacare il procedimento che condusse alla costituzione in ente morale di un'associazione del genere di quella in questione.

Che alla Giunta bastava l'aver constato che la partecipanza fosse sorta per effetto di deliberazione presa da coloro che avevano diritto di concorrervi, e che non fosse avvenuta la legale proclamazione nelle forme all'uopo stabilite perchè essa potesse dirsi costituita come legittima rappresentante degli interessi affidati alle sue cure; e tanto più doveva la Giunta così ritenere, che, come essa ebbe a rilevare, un reclamo contro la legalità della costituzione della partecipanza era stato pur presentato dallo stesso principe Spada al Ministero di agricoltura, industria e commercio, e venne respinto.

Che la partecipanza fu quindi dalla Giunta

mantenuta in giudizio ed ammessa a contraddire alle opposizioni fatte dal principe agli elenchi; il che importava che nell'atto stesso che quel collegio dichiaravasi incompetente a conoscere dei motivi da cui volevasi dedurre la illegale costituzione della partecipanza, veniva implicitamente a rigettare l'eccezione d'illegittimità di persone che su quei motivi volevasi fondare.

Che vuolsi anche osservare che la questione proposta dallo Spada neppure aveva il carattere di una eccezione pregiudiziale; imperocchè, come rilevasi dalla stessa sentenza impugnata, egli fece della detta questione un apposito obbietto della domanda con cui introdusse il giudizio di opposizione agli elenchi, avendo il principe chiesto da un lato contro il comune di Castelviscardo che fossero rettificati gli elenchi, e dall'altro lato che fosse dichiarata illegale la costituzione della partecipanza da lui citata appunto all'effetto di sentire emettere una tale dichiarazione.

Che egli quindi non si era limitato a contestare alla associazione il diritto di contraddire alla principale sua istanza, ma pretendeva che come oggetto di una domanda per sè stante venisse dallo adito Tribunale dichiarata mal costituita la partecipanza.

Che non trovava qui luogo l'altra ragione addotta dalla Corte di appello che la Giunta non era chiamata a modificare o revocare gli atti ed i verbali contenenti la proclamazione della partecipanza e la nomina della Commissione e del presidente di essa, bensi a conoscere degli effetti di cotali atti in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

Che cotesto principio trova applicazione sempre quando si assuma di essere stato offeso coll'atto amministrativo, direttamente od indirettamente il diritto del privato; ma nessuna lesione di privati diritti può ritenersi avvenuta col fatto di essersi costituita in ente giuridico, secondo che la legge consente, l'associazione di coloro che trovansi nel godimento degli usi civici, e se certo è sempre lecito di contestare in giudizio la legittima rappresentanza di detta associazione nelle persone che la vengono assumendo, con ciò non si fa valere un diritto patrimoniale bensi una eccezione appropriata al dibattito giudiziario la quale però non può essere attesa dal magistrato se non entro i limiti in cui ad esso è consentito di conoscere della legale costituzione delle parti litiganti, e non già facendosi ad investigare la regolarità degli atti che hanno condotto alla costituzione dell'ente, quando simili atti sieno sottratti alla ingerenza e al sindacato dell'autorità giudiziaria.

Che se ciò va detto per quel che riguarda la legalità formale degli atti medesimi, a maggior ragione debbesi ritenere per quanto attiene alla opportunità e alla tempestività della costituzione della partecipanza, non essendo lecito ai terzi di muovere simili questioni riguardo ad un ente che ha per suo istituto la tutela e l'amministrazione di determinati diritti spettanti ad una generalità di persone e che si costituisce in forza di disposizioni di legge, l'opportunità della cui applicazione al caso concreto deve essere esaminata da un pubblico potere.

Che non varrebbe neppure obbiettare la necessità di stabilire se la legittima rappresentanza degli utenti nel presente giudizio dovesse ritenersi nel Comune ovvero nella costituita partecipanza agraria; imperocchè la Giunta ebbe in proposito a chiarire di non essere opportuno mettere fuori causa il Comune a cui pur competeva la tutela dei diritti civici dei suoi abitanti, anche perchè veniva contestata la legittimità della costituzione della partecipanza agraria

Che con quest'ultimo argomento intese quel magistrato accennare ai possibili reclami che per avventura fossero per proporsi all'uopo presso la competente autorità amministrativa; ma se fosse pure il caso di muovere obbiezioni sulla convenienza di mantenere in giudizio anche il Comune dopo essersi dichiarato di avere diritto la partecipanza a rappresentare gli utenti e a contraddire alla domanda del principe Spada circa la rettificazione degli elenchi, ciò non toglie che sia stata a ragione respinta l'impugnativa fatta contro la legale costituzione di essa partecipanza per essere incompetente la Giunta degli arbitri ad esaminare i motivi addotti in proposito.

Per questi motivi, ecc

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 febbraio 1907, n. 78

Pagano *Pres.* — Corbo *Est.*

Luden (avv. *G. Manna*) contro Tucci-Savo (avv. *V. Iacoucci*).

Concesso il gratuito patrocinio per chiedere in giudizio la risoluzione di un contratto per inadempimento del medesimo, non si può, in corso di lite, domandare la condanna dell'avversario per colpa aquiliana (1).

Il magistrato, che nella sentenza esamini una domanda per la quale non è stato concesso, all'attore che l'ha proposta, il beneficio della gratuita clientela, e faccia questo esame ad abundantiam, avendola già ritenuta inesperibile appunto perchè non consentita dal decreto di gratuito patrocinio, non contravviene alle leggi sul bollo; ed in ogni caso ciò non importa la nullità della sentenza (2).

Non è censurabile in sede di cassazione l'avviso del giudice del merito, secondo cui è opportuno attendere l'esito di un mezzo istruttorio prima di decidere su di una domanda riconvenzionale (3).

La nullità della vendita fatta in spreto dell'articolo 2085 cod. civ. non può opporsi dal compratore (4).

La Corte ecc. — Attesochè la ricorrente esponga col primo mezzo, ch'essa aveva dedotto essere radicalmente nullo il giudizio, pel motivo che i Tucci-Savo, avendo ottenuto il gratuito patrocinio per esercitare l'azione contrattuale, avevano chiesto in realtà i danni anche per l'azione aquiliana; che intanto la Corte di rinvio si era contraddetta, perchè, mentre aveva ammesso che tale beneficio era stato concesso unicamente per l'azione contrattuale, avea poi, nell'escludere la responsabilità del Soulier, negato *perspicuis verbis* non soltanto la pretesa colpa contrattuale di lui, ma anche la pretesa responsabilità fondata dai Tucci-Savo sull'art. 1153 del cod. civ., e che mediante siffatta contraddizione aveva quindi violato non solo l'art. 361 del cod. proc. civile., ma eziandio le disposizioni delle leggi di bollo e di registro, e del gratuito patrocinio.

Ma tutto ciò non è esatto. E difatti il ragionamento dell'impugnata sentenza sostanzialmente si concreta in queste proposizioni: che i Tucci non potevano d'altronde pretendere che si fosse dichiarata la responsabilità del Soulier per adoperati artifizii o raggiri allo scopo di indurre il venditore ad accettare in pagamento le svalutate obbligazioni della Prosser, in primo luogo perchè in tal modo essi Tucci venivano a mutar fondamento alla loro primordiale domanda che aveva avuto per oggetto la inadempienza del contratto, e pel cui esperimento in giudizio era stato loro concesso il gratuito patrocinio, ed in secondo luogo perchè, a prescindere da tale considerazione, mancava il nesso necessario di causa ed effetto tra il fatto addebitato al Soulier, ed il danno che avrebbe patito il venditore il quale per altro aveva ricevuto non dal Soulier, ma dalla di lui moglie, le anzidette obbligazioni.

Or questo ragionamento è chiaro e perspicuo, e non pecca certamente di contraddizione. Che se poi alla Corte di merito piacque [illegible].

(1-4) Questa sentenza interviene in una lunga causa, sostenuta dal compianto nostro collega ed amico, avv. GIOVANNI TUCCI-SAVO, per rivendicare alcuni diritti patrimoniali della propria famiglia. Quanto studio, quanto zelo mise GIOVANNI TUCCI-SAVO nell'impresa che noi diremo gloriosa per lui! Quante nottate Egli passò desto al tavolo di lavoro, sperando in un avvenire migliore, non per sè (chè era di un altruismo forse eccessivo), ma per i suoi! E gli attesi giorni migliori non sorsero mai per l'amico nostro! Ogni conforto gli fu negato, anche quello di veder che la sua lite annosa aveva fatto qualche passo notevole sulla via della vittoria. Ahimè! Egli reclinò la stanca sua testa sul letto di morte a 32 anni!

Piangano i lettori con noi la dipartita di questa anima veramente bella, resa anche più bella dal dolore che l'accompagnò costantemente durante la vita, anzi durante il triste esilio di quaggiù.

a. s. m.

(1) Questa massima deve servire di ammaestramento ai procuratori legali per chiedere il gratuito patrocinio nel modo più lato che sia possibile, affinchè non ne soffra, poi, la buona causa del povero.

(2) Cfr. A. Roma 3 maggio 1906, est. MOSCA, in questa Raccolta, 1906, pag. 322, con nota di richiami.

(3) Si consultino in argomento le decisioni della Cass. Roma 18 febbraio 1903, *Corte Suprema* 1903, 2, 91, e 12 maggio 1903 della Cass. Palermo, *Foro sic.* 1903, 307.

(4) Conformi GARSONNET, IV, n. 664, pag. 111-112, e MATTIROLO, *Trattato*, IV ediz., vol. VI, n. 106. *Contra*: CESAREO-CONSOLO *Dell'espropriaz. contro il debit.*, III, cap. 36, n. 21.

di entrare anche nel merito dell'azione aquiliana, mentre l'aveva già ritenuta inammissibile in quanto esorbitava dalla contestazione della lite, da ciò non si potrebbe trarre mai la esagerata conseguenza della nullità dell'intero giudizio, per non avere la Corte scritta cotesta sua superflua considerazione su carta da bollo, mancando di tener presente che il beneficio gratuito concesso al Tucci non si estendeva a tale controversia.

Si potrebbe tutto al più in questo caso speciale far questione di responsabilità di fronte alle leggi fiscali: ma, trattandosi in genere di nullità processuali, è canone di diritto consacrato nell'art. 56 del cod. proc. civ. che le medesime si pronunzino, se vi è una espressa dichiarazione della legge, e quando gli atti manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza.

Attesochè col secondo mezzo la ricorrente sostenga che la sua domanda riconvenzionale doveva essere senz'altro accolta, e sarebbe stata certamente accolta, se si fossero vagliate tutte le sue deduzioni. Quindi accusa la sentenza di mancanza di motivazione, e le rimprovera anche di essere caduta in errore, quando negò all'acquirente il diritto d'impugnare la vendita posteriore alla trascrizione del precetto.

Ma neppure si regge questo secondo mezzo, poichè, in quanto al dedotto difetto di motivazione, basta semplicemente osservare che la Corte di rinvio con un lungo ragionare si convinse che, per provvedere con giustizia tanto sulla domanda del Tucci, quanto su quella spiegata dalla ricorrente (avendo entrambe per base la inadempienza delle obbligazioni contrattuali), stimava opportuno e necessario di attendere l'esito della prova per interrogatorio. Laonde, trattandosi di un prudente arbitrio adoperato dal magistrato di merito allo scopo di avere maggiori elementi di convinzione, non è possibile alcuna censura in sede di cassazione. In ordine poi all'asserto diritto dell'acquirente d'impugnare per nullità la vendita posteriore alla trascrizione del precetto immobiliare, la ricorrente non ha saputo addurre alcuna ragione per giustificarlo; e ciò facilmente si comprende, poichè nessuno ha finora dubitato che il divieto di alienare contenuto nell'art. 2085 del cod. civ. importi soltanto una nullità relativa della vendita, e che tale nullità può essere quindi invocata dai soli creditori iscritti, che sono gl'interessati, ma giammai dal compratore.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 febbraio 1907, n. 79

Pagano *Pres.* — Corbo *Est.*

Capobianco (avv. *P. Cosentini*) contro Capitolo della Cattedrale di Benevento (avv. *N. Perez.*).

Anche colui che ha residenza, domicilio o dimora in Italia può validamente essere evocato in giudizio nella persona e nella residenza, domicilio o dimora del suo mandatario generale ad negotia, *abilitato a rappresentarlo nelle cause attive e passive* (1).

La Corte *a Sezioni unite*, ecc. — Col primo mezzo il ricorrente sostiene che la Corte di rinvio avrebbe dovuto dichiarare nulla la citazione ch'era stata a lui diretta nella qualità di procuratore generale del convenuto, perchè doveva essere invece citato personalmente ed in nome proprio il convenuto stesso, trattandosi di persona che aveva la libera amministrazione dei suoi beni.

L'argomento capitale addotto da alcuni interpreti per giudicare la teoria, riassunta dal

---

(1) Non siamo d'accordo colla massima sancita dalla nostra Corte Suprema in questa sentenza.

Il secondo capoverso dell'articolo 142 della procedura costituisce un diritto singolarissimo, che trova la sua unica ragione di essere *nella mancanza di residenza, domicilio o dimora nel regno*, e non può quindi estendersi a casi non solo non contemplati, ma completamente diversi, per cui manca anche il pretesto dell'analogia.

La facoltà di stare in giudizio, concessa al mandatario, *non crea alcun diritto a favore dei terzi*, che non abbiano con lui contratto alcun vincolo giuridico, poichè il mandato in tanto esiste, in quanto c'è l'incontro delle due volontà che lo pongono in essere e c'è una di queste che lo attua, ma su cui nulla può la volontà di un terzo estraneo, il quale non trovi nella legge la forza di coazione, che sarebbe a ciò necessaria e che il legislatore ha concessa soltanto pel caso ed a ragione della mancanza di residenza, domicilio e dimora

ricorrente in questo primo mezzo del suo ricorso, è desunto dalla disposizione del capoverso dell'art. 142 del cod. proc. civ., poichè essi dicono che, se la legge ha permesso di citare nella persona del procuratore generale colui, che avendolo costituito nel Regno, non ha poi nello Stato residenza, domicilio, o dimora, è giocoforza conchiudere che, tranne questo caso, in nessuna altra ipotesi è possibile convenire in giudizio il mandatario, e ciò in omaggio alle note regole, *inclusio unius est exclusio alterius*, — *lex ubi dicit de uno, negat de altero.*

Tutti poi ritengono per inconcusso che il mandatario può assumere la veste di attore.

Or senza qui entrare nella disamina del significato particolare e dello scopo speciale della disposizione del capoverso dell'art. 142, è certo che dalla medesima si potrebbe soltanto legittimamente dedurre l'ipotesi opposta, che cioè il procuratore generale non può essere citato in sostituzione del mandante, quando questi abbia effettivamente nel regno residenza, domicilio o dimora, ma non sarebbe giuridicamente esatto il dedurre che si debba anche escludere il caso che il mandatario abbia avuto espressamente facoltà di stare in giudizio come convenuto, il che appunto si verifica nella fattispecie, avendo avuto il ricorrente ampia facoltà di rappresentare i mandanti nei giudizi si attivi che passivi. Imperocchè altrimenti si verrebbe da una parte ad introdurre nel nostro diritto positivo la massima tradizionale della procedura francese, *nul, excepté le roi, ne plaide par procureur*, che anche in Francia ha perduto oggi il suo rigoroso ed originario concetto, e dall'altra a disconoscere il contenuto, i limiti e l'essenza del mandato. E di fatti, se la legge a chi ha il libero esercizio dei propri diritti concede senza alcuna limitazione di nominare un procuratore *ad negotia* (art. 1741 codice civ.), è del tutto arbitrario e antigiuridico il volere sdoppiare cotesta facoltà, ammettendola pel conferimento della rappresentanza attiva, e negandola per ciò che riguarda la rappresentanza passiva.

Certamente tutte le domande, che prendono la forma di citazione, debbono essere dirette o notificate alle persone capaci di stare in giudizio. Ma ciò vuol dire che, sorgendo controversia sulla capacità processuale e sulla rappresentanza passiva di un mandatario *ad negotia*, sarà necessario ricorrere alle norme del mandato, per vedere se il medesimo sia conforme alla volontà di chi costituì il procuratore. Ed allora la questione sta tutta nella validità ed estensione del mandato, per ritenere valida o nulla la citazione al procuratore. Ma, posta l'efficacia del mandato, non vi

---

nello Stato. Ciò, più che chiaro, è intuitivo.

Nessuno, per quel che noi sappiamo, ha considerato la questione da questo lato, ed anche L. COVIELLO (*Se il mandante possa essere convenuto in giudizio in persona del mandatario* ad negotia, in *Giur. ital.*, 1905, 1, 1, 323) ripete cose vecchie sull'importante argomento, ed equivoca in modo apertissimo, quando scrive che il Codice italiano con l'art. 142 non fece che togliere un dubbio sorto nella giurisprudenza rispetto alla *notifica* della citazione, ma non intese affermare il principio di massima che non sia lecito convenire il mandatario. Ah! no: basta leggere cotesto articolo per persuadersi del contrario: ivi si parla di *citazione* e non di *notificazione*.

Al LUMBROSO, poi, autore pur egli di una nota sulla *vexata quaestio* (in *Foro ital.*, 1905, 1, 687) obbiettiamo la medesima unilateralità di studio; aggiungiamo, anzi, che i richiami fatti da lui e dal BARSOTTI (*La capacità process. delle associazioni prive di personalità giuridica*, pag. 42, nota) alla dotta opera del LESSONA sulla *Teoria delle prove* (vol. I, n. 414, 541, e vol. II, n. 255 e 358) non riguardano affatto la questione e quindi non la risolvono in un senso piuttosto che in un altro.

Del resto, noi crediamo che appunto il processo civile, così come in Italia è regolato, somministri più di un valido motivo per non estendere una disposizione eccezionalissima fino a farla divenire una norma ordinaria al pari di quella oggi universalmente seguita.

Si pensi alla situazione del mandatario nei casi d'interrogatorio, giuramento ecc., e si constaterà subito quanto ripugni al sistema della nostra procedura la comparizione in giudizio di una singola persona a mezzo di rappresentante, intricando il processo, deformandolo, deviandolo dalla retta strada, facendolo strumento di ingiustizie, sorprese ed altri simili beni di Dio.

Ultimamente anche l'illustre prof. BRUGI dichiarava ai nostri avversari di dubitare della bontà della loro tesi (*Riv. di dir. comm.*, 1906, 2, 237, nota): e noi esprimiamo il desiderio che il BRUGI od altri facciano della interessante controversia un esame completo, profondo e non affrettato, quale ancora manca agli studiosi della procedura italiana.

a. s. m.

ha alcuna ragione sufficiente per negare che, si possa citare il mandatario e contestare con lui la lite, essendo risaputo che *mandans et mandatarius pro una persona habentur.*

Rimanendo dunque nel terreno della rappresentanza processuale passiva per mandato, la sola ricerca che si può fare seriamente, in base agli art. 56 e 145 del codice di procedura civile, per poter dichiarare irreparabilmente nulla la citazione, è quella del difetto di capacità nel mandatario, qualora gli mancassero all'uopo i necessari poteri. Ma, fuori di questo caso, non essendovi altra mancanza degli elementi essenziali, che riguardano la capacità del mandatario di stare in giudizio come rappresentante passivo del *dominus negotii*, non si potrebbe pronunciare la nullità dell'atto di citazione, senza cadere nell'arbitrio.

Risoluta dunque la proposta questione affermativamente colla teoria del mandato, che cioè il mandante possa essere convenuto in giudizio in persona del mandatario *ad negotia*, si comprende assai facilmente come vengano a perdere ogni importanza le contrarie obbiezioni che il mandato non crea rapporti rispetto ai terzi, che esso può essere revocato *ad nutum* dal mandante, e che nei casi in cui il mandatario sia citato come convenuto non sarebbe scongiurato il pericolo che i terzi si abbandonassero a giudizi inani con gravi spese a loro carico. Imperocchè in sostanza l'attore non fa che profittare della esistenza del mandatario per chiamarlo in giudizio, ma agisce a suo rischio, se per avventura accade che ad esso mandatario mancano i poteri di rappresentanza giudiziale.

Nè vale poi aggiungere che, ammettendosi la rappresentanza processuale passiva, si verrebbero a violare le norme di competenza territoriale, in forza delle quali il convenuto ha diritto che l'azione segua nel luogo del proprio domicilio, dimora o residenza, poichè basta semplicemente osservare che, trattandosi d'interessi privati, le parti possono espressamente o tacitamente derogare all'ordine delle competenze territoriali.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

6 febbraio 1907 n. 91

Basile *Pres.* — Coletti *Est.*

Milani (avv. *A. Montesano*) contro Girardi (avv. *G. Amici*).

Non è inammissibile l'appello redatto in carta libera: solo non v'ha preso in esame, finchè non sia stato regolato nei rapporti col fisco (1).

Concesso il gratuito patrocinio per sostenere il proprio assunto in appello, è lecito all'appellato di proporre appello incidentale in carta libera (2).

Non è necessario di integrare il giudizio di appello con la chiamata in causa di colui che in primo grado intervenne ad adiuvandum (3).

Sia pure esatto che le pronunzie su vere questioni di stato abbiano giuridica efficacia erga omnes, ciò non può dirsi delle sentenze concernenti la qualità ereditaria (4).

(1-2) Si consulti la decisione 3 maggio 1906, est. MOSCA, dell'A. Roma e la nota con cui l'abbiamo accompagnata in questa Raccolta, 1906, pag. 322. Cfr. anche A. Palermo 2 settembre 1905, *Foro sic.* 1905, 1, 577; Cass. Firenze 27 luglio 1905, *Temi* 1905, 913; Cass. Roma 7 marzo 1902, *Massime* 1902, 468, 14 aprile 1904, *Corte Suprema* 1904, 2, 297, 10 giugno 1905, *Legge* 1905, 1989, e 4 febbraio 1907, decisione inserita da noi più indietro a pag. 164.

(3) Le ragioni di questa massima, arrecate dal Supremo Collegio, son pur sempre quelle esattissime che furono arrecate nella decisione 31 marzo 1906. Cfr. presente Raccolta, anno 1906, pag. 259, con nota.

(4) L'esimio cons. Coletti ha fatto bene ad esprimersi dubitativamente anche a riguardo della pretesa efficacia *erga omnes* delle vere questioni di stato. Infatti, il RICCI, *Delle prove*, n. 368, ricorda, approvandola, una vecchia sentenza che esclude che la cosa giudicata in materia di stato faccia *jus* per tutti e contro tutti. Cotesta vecchia sentenza è dovuta alla Gran Corte civile di Palermo, ha la data 22 marzo 1858, e può leggersi nella *Giur. ital.* XV, 2, 45. Anche G. MALMUSI condivide l'opinione della Corte palermitana (ved. in *Digesto italiano*, voce *Cosa giudicata civile*, n. 60).

Sull'altro punto della massima che le dichiarazioni di qualità ereditaria, pronunziate dal magistrato, non danno a tali pronunzie l'autorità di cosa giudicata di fronte ai terzi, può consultarsi la decisione della Cass. Torino 14 febbraio 1874, in *Giur. ital.*, 1874, 1, 702, decisione notevole giacchè

La Corte, ecc. — Attesochè *in diritto* non abbia fondamento il primo mezzo del ricorso, col quale s'investe la denunciata sentenza in quanto non accolse la eccezione d'inammissibilità dell'appello incidente del Girardi, godente la gratuita clientela in primo grado, senza che tale godimento gli fosse confermato dalla Commissione che siede presso la Corte di Appello.

Primieramente non era a parlarsi d'inammissibilità, perchè non esiste alcun disposto di legge che dichiari inammissibile una domanda giudiziale unicamente per la ragione che non è in regola col bollo, salvo l'obbligo del magistrato di non dare alcun provvedimento sulla domanda se non redatta a norma delle prescrizioni fiscali, e salve le penalità eventualmente incorse. In secondo luogo la doglianza si spunta contro quello che in fatto la sentenza sovranamente ritiene accertato cioè che il Girardi fu ammesso dalla Commissione presso la Corte di appello per sostenere il suo assunto in secondo grado.

Per lo che la Corte di merito lungi dal violare, fece esatta applicazione dell'art. 21 del decreto-legge sul gratuito patrocinio, il quale, dopo aver statuito che l'ammissione al gratuito patrocinio giova per tutti i gradi di giurisdizione, dispone che la parte che l'ottenne non può giovarsene per rendersi appellante senza averne ottenuta nuova ammissione dalla Commissione istituita presso il collegio al quale deve deferirsi l'appello.

Ma il Girardi ottenne dalla Commissione presso la Corte di appello la nuova ammissione, come in punto di fatto ritiene la denunciata sentenza, e però la pretesa violazione dell'art. 21 precitato manca di base essendosi il Girardi presentato in appello munito di nuova ammissione al gratuito patrocinio.

E non potevasi al decreto di ammissione dare il significato ristrettivo cui allude il ricorrente, che l'ammissione dovesse limitarsi ai soli effetti di resistere all'appello della controparte, in quanto che ammesso il Girardi alla clientela gratuita all'oggetto di *sostenere il suo assunto in secondo grado* è evidente che l'ottenuto beneficio delle spese a credito si estendeva alla proposizione dell'appello incidente anche quando diretto a sostenere l'assunto in secondo grado contro l'appello principale dell'avversario, il quale aveva chiesto alla Corte la decisione del merito della causa a proprio vantaggio.

Attesochè il secondo mezzo neppure abbia valore. Mal si sostiene infatti la necessità della chiamata in appello al fine della integrazione del giudizio della Intendenza di finanza intervenuta volontariamente in primo grado *ad adiuvandum*, come dice la Corte, nella veste di creditrice chirografaria dello Zocchi.

In appello la Intendenza era legalmente rappresentata dal suo debitore, e non aveva, come bene osserva la sentenza, alcun interesse suo personale a far parte del giudizio di secondo grado, per l'evidente motivo che lo Zocchi con l'appello principale aveva chiesto che le istanze del Girardi fossero respinte, ponendo in tal guisa l'interesse proprio all'unisono con l'interesse della creditrice Intendenza, il cui intervento era diretto, come si è detto ad *adiuvandum* con l'obbiettivo di salvare nello Zocchi l'eredità dello zio.

E fu lo Zocchi che non notificò l'appello all'Intendenza e fece bene, ma fece male a chiedere l'integrazione ai termini dell'art. 469 codice proc. civile.

Prescrive l'ora citato articolo che l'appello dev'essere notificato a tutte le parti che *abbiano interesse ad opporsi alla domanda di riforma*, e la integrazione del giudizio deve ordinarsi quando la domanda non è notificata ad alcuna delle *parti interessate*.

Ma la Intendenza (checchè ne dica in contrario il ricorrente) non aveva alcun interesse opposto alla domanda che il suo debitore faceva per la riforma della sentenza; che anzi, il suo interesse era comune, identico all'interesse dello Zocchi. Quindi l'appello non era necessario le fosse notificato, e non dovevasi allo scopo della integrazione del giudizio in appello citarla ad intervenirvi, non essendo la Intendenza parte interessata ai sensi dell'art. 469.

---

pure in essa si dice destituita di ogni fondamento giuridico l'analogia che taluno crede di scorgere tra la qualità relativa alla condizione e allo stato della persona e la qualità di erede.

Per l'efficacia *erga omnes* della sentenza passata in giudicato che, dichiarando la figliazione di una persona, ne fa risalire gli effetti ad una data epoca, veggasi l'A. Casale 5 aprile 1887, *Giur. cas.* 1887, 243. Confr. anche Trib. Lecce 1895, in *Pisanelli*, annata 1895, col. 1771.

Attesochè il terzo mezzo meriti invece accoglimento.

La Corte di appello riformò la sentenza di primo grado ritenendo non necessaria la prova testimoniale con quella ammessa, perchè la decadenza della qualità di erede nello Zocchi per non avere adempito ai legati già risultava stabilita con la sentenza regiudicata 10 dicembre 1901 pronunziata dal Tribunale Civile di Fermo fra lo stesso Zocchi e la legataria Carolina Zocchi.

Evidentemente per venire a questa pronuncia la Corte violò l'art. 1351 cod. civ. avendo erroneamente attribuito alla sentenza 10 dicembre 1901 forza di cosa giudicata fra gli attuali contendenti, e lo violò sotto due aspetti. Lo violò sotto il primo, supponendo che la cosa domandata in quel giudizio il cui epilogo fu la sentenza del 1901 sia la stessa domandata nel giudizio attuale, mentre non è così. Nel giudizio infatti promosso dalla legataria Zocchi, chiedevasi da costei, ed il Tribunale accolse la domanda, che lo Zocchi fosse dichiarato decaduto dal beneficio dello inventario, e fosse condannato al pagamento dei legati come erede puro e semplice.

Nel giudizio instaurato dall'erede sostituito Girardi non si chiede la decadenza dal beneficio dell'inventario, nè il pagamento dei legati; si richiede che lo Zocchi sia dichiarato decaduto dalla qualità di erede per essersi verificata la condizione risolutiva apposta nel testamento. Lo violò sotto il secondo aspetto, estendendo gli effetti della cosa giudicata a parti diverse, esponendo una teoria alla quale il Supremo Collegio non può sottoscrivere.

La teorica della Corte è che le sentenze che pronunciano sulla qualità ereditaria sono sentenze di indole speciale, annoverate fra i giudicati di stato, e spiegano i loro effetti *quoad universum jus et quoad omnes*, e quindi anche in rapporto ai terzi che non fossero stati presenti in quel giudizio.

Ma pur volendo accettare come certo ed indiscutibile che le pronuncie su vere quistioni di stato abbiano giuridica efficacia *erga omnes* con deroga alla regola generale desunta dall'art. 1351, certo è che le sentenze che giudicano della qualità ereditaria, secondo la dottrina e la giurisprudenza, non risolvono questioni di stato, si da essere opponibili a chiunque.

Le questioni di stato sono quelle che riguardano la capacità civile e giuridica, quelle che concernono i diritti politici e di famiglia delle persone, le quali una volta risolte lo sono di fronte a tutti, essendo di pubblico interesse che la capacità civile, giuridica e famigliare delle persone non sieno riposte in contestazione quante volte si voglia. Ma tali non sono, nè possono essere le questioni ereditarie. Queste non escono dalla cerchia dei rapporti ed interessi privati, e le sentenze che le risolvono non possono essere efficacemente opposte come regiudicata che unicamente fra le parti, nel contraddittorio e nell'interesse esclusivo delle quali furono profferite.

Alla regola dell'art. 1351 il cod. civ. italiano non ha accolta l'eccezione, che si leggeva in alcuno dei codici precedenti relativamente alle sentenze concernenti la qualità ereditaria, e per conseguenza queste sentenze non si sottraggono alla regola generale, e l'autorità loro non si estende oltre i limiti dell'art. 1351.

In rapporto a questo terzo mezzo adunque la denunziata sentenza deve essere posta nel nulla, con rinvio pel nuovo esame della causa ad altra Corte ristrettivamente al mezzo accolto.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

8 febbraio 1907, n. 95

Pagano *Pres.* — Niutta *Est.*

Comune di Morlupo (avv. *S. Aureli*) contro Di Fani e Borghese (avv. *C. Scotti*).

Per escludere che fossero soggette alla servitù civica di semina le terre ridotte a coltivazione recentemente, è necessario dimostrare che cotesta servitù civica non abbia gravato, ab antico, sui terreni incolti, mentre ben può darsi che per le necessità della vita o l'utilità della popolazione l'uso civico del pascolo e del legnatico fosse surrogato, mercè il disboscamento, dall'uso civico di seminare (1).

---

(1) Si consultino in argomento le numerose sentenze su questioni di servitù civiche, sentenze inserite nell'attuale Raccolta (*Indici*, voce *Usi civici*). Confr. anche Cass. Roma 20 maggio 1901 e 29

La prova testimoniale è uno dei mezzi più idonei per dimostrare l'esercizio di un diritto civico, e non la si può rifiutare senza valide ragioni (2).

La Corte ecc. — Osserva che col primo motivo si duole il ricorrente di avere la Corte giudicato *ultra petita*, imperocchè mentre la controversia cadeva sul solo punto, se le 60 rubbia fossero gravate del diritto di semina, e non facevasi questione che fossero soggette alla servitù di pascolo ed anche a quella di legnare nelle parti macchiose, la Corte escludendo la prima di dette servitù, cioè quella di semina, ha dichiarato senz'altro che i terreni fossero immuni dall'affrancazione, con che è venuta a negare che vi fosse luogo ad affrancazione anche per le dette altre servitù.

Che a questo motivo si riannoda il quinto col quale si ottiene che, a voler per poco ammettere ciò che ha ritenuto la Corte di doversi escludere le 60 rubbia dai terreni soggetti al diritto di semina, si sarebbero dovute rinviare le parti innanzi alla Giunta di arbitri perchè riducesse in proporzione della estensione di terre sottratte all'indicata servitù il canone di L. 3920 nel quale è stato liquidato il prezzo di affrancazione da pagarsi dal Comune ai proprietari, ragguagliandolo al diritto di semina esercitato su tutto il territorio di Morlupo comprese anche le controverse 60 rubbia.

Che entrambi i riferiti motivi dovrebbero andar accolti quando anche potesse rimaner ferma la sentenza in quanto riguarda la dichiarata libertà delle 60 rubbia dalla detta servitù, a ragione adducendo il Comune che siccome non si era fatta quistione sull'esistenza dell'altra servitù di pascolo e di quella di legnare nele macchie per avventura comprese nelle 60 rubbia, sarebbesi dato sempre luogo all'affrancazione di tali diverse servitù di cui la Giunta d'arbitri non ebbe partitamente ad occuparsi, perchè avendo ritenuta la esistenza della servitù di semina anche sulle 60 rubbia stabili, in relazione a questo che era il diritto prevalente, che l'affrancazione si operasse mediante il suindicato canone da pagarsi ai proprietari.

Che non poteva del pari cader dubbio che, col sottrarsi la detta estensione di terreno al diritto di semina, dovesse subire una proporzionata riduzione il canone imposto al Comune come prezzo di affranco ragguagliato all'intero territorio, che gli arbitri ritennero gravato dalla servitù di semina senza eccettuarne le 60 rubbia.

Che la Corte riformando, come ha fatto, la sentenza degli arbitri doveva tener conto delle conseguenze che la riforma era per produrre sugli altri provvedimenti dati dai primi giudici, i quali era necessità che ricevessero le convenienti modificazioni, tantochè veniva a mutarsi la ragione di decidere che di quelli era stato il presupposto; nè faceva mestieri che la Corte fosse a ciò eccitata da subordinate conclusioni delle parti, quando era la stessa sua pronunzia che dava luogo ad un diverso regolamento di quei rapporti di diritto che erano fuori controversia, per porli in armonia con quanto veniva deciso in senso contrario a quel che aveva stabilito la Giunta su ciò che formava oggetto di contestazione.

Che, indipendentemente però dai due motivi testè esaminati, non appariscono prive di fondamento anche le censure contenute negli altri tre mezzi del ricorso, in quanto sono diretti ad impugnare il giudizio della Corte di non potersi considerare soggette alla servitù della semina le controverse 60 rubbia di terreno.

Che invero la Corte ha riconosciuto di essere anche la detta estensione di terreno compresa nei quarti aperti del territorio di Morlupo, i quali sono indubbiamente soggetti alla servitù della semina, e che anche ad essa si estendeva il medesimo avvicendamento di coltura praticata su tutti gli altri terreni.

Che, ciò non ostante, la Corte è stata indotta a ritenere libere quelle 60 rubbia dalla detta servitù per questa principale ragione che esse fino a tempo non molto remoto erano terreno boschivo soltanto in appresso dissodato e ridotto a coltura, onde non potevano annoverarsi, secondo aveva osservato il perito, tra quelle terre solite a lavorarsi sulle quali coll'istromento del 1 dicembre 1619 tra il principe Borghese e la comunità di Morlupo fu riconosciuto il diritto di semina in favore degli abitanti.

Che, ora, egli è da notare che un tale istromento, come esso vien riferito nella stessa

aprile 1902, *Riv. univ.* XV, 1, 660, e XVII, 1, 57, con nota del CIOLFI; A. Aquila 27 giugno 1899, *id.* XIII, 1, 616; e Giunta d'arbitri di Viterbo 24 marzo 1904, *id.* XVIII, 1, 217 e 219.

sentenza, altro non fu che una transazione mediante la quale si stabilì che la corrisposta prima pagata in ragione della superficie dei quarti soliti a lavorarsi venisse invece ragguagliata in ragione della quantità dei prodotti realmente raccolti; sicchè l'istromento medesimo non poteva considerarsi come costitutivo dell'uso civico della semina, ma come un atto che, mentre riconosceva un tal diritto come già esistente, ne modificava talune delle condizioni.

Che fu quindi stabilito nel rogito di dover i naturali seminare le terre di proprietà del principe e pagare una corrisposta eguale alla quinta o alla sesta parte dei prodotti, e ciò non solo per le terre attualmente possedute, ma anche per quelle che in seguito al detto principe fossero per appartenere: *nunc et pro tempore spectantes*.

Che la Corte interpretando cotesta clausola ha spiegato l'obbligo di seminare imposto ai naturali come una conseguenza della modificata ragione della corrisposta, perocchè, dovendosi questa ormai commisurare alla quantità del prodotto e non già alla estensione superficiale, era giusto interesse del padrone delle terre che le medesime fossero coltivate tutte per aumentare così il prodotto totale di cui una parte a quello spettava.

Che quanto poi ai futuri possessi a cui dovevasi eziandio applicare il medesimo patto è parso alla Corte che non potessero in essi andar compresi quei terreni che, essendo in quel tempo boschivi, fossero in seguito dissodati e ridotti a coltura, ma che le parti vollero riferirsi agli altri terreni già soliti a coltivarsi che in appresso il principe venisse acquistando; onde non era dato argomentare dalla indicata clausola che il diritto di semina si fosse esteso anche alle 60 rubbia, le quali al tempo della stipulazione erano già in possesso del principe Borghese, ma erano insuscettive di coltivazione perchè coperte di alberi.

Che una simile interpretazione non potrebbe dar luogo a censura trattandosi di un giudizio di estimazione, se non fosse che la Corte ha perduto di vista il vero e proprio carattere dell'istromento del 1619 col quale non fu già costituita la servitù della semina in favore dei naturali del luogo, ma, esistendo già essa da tempo remoto, fu data una nuova forma all'onere da cui era accompagnata col cangiarsi la base della corrisposta.

Che non bastava, quindi, a risolvere il punto di controversia relativo all'estensione della semina anche sulle terre ridotte a coltivazione dopo quel tempo, l'affermare che la transazione con cui fu modificata la corrisposta non s'intese dalle parti applicare alla detta ipotesi; ma conveniva dimostrare che il diritto civico di semina nel territorio di Morlupo fosse limitato nella sua originaria condizione ai soli terreni che fin da principio erano suscettivi di coltura senza potersi estendere agli altri che mano mano venissero acquistando siffatta qualità; e ciò costituiva una quistione al tutto indipendente da quella di vedere se anche alle nuove colture fosse applicabile il nuovo metodo di corrisposta stabilito coll'istromento suindicato.

Che in proposito si era dedotto dal Comune che anche i terreni coltivati del 1619 erano stati un tempo coperti in buona parte di boschi e tuttavia la semina, come di diritto dei comunisti, venne anche in essi introducendosi man mano che furono dissodati.

Che era poi nella specie un fatto riconosciuto dalla stessa sentenza, che il territorio di Morlupo, non solo alla servitù della semina fosse soggetto, ma anche a quelle di pascere e di legnare e che la prima si praticava su tutti i quarti aperti soliti a lavorarsi ad eccezione delle sole possessioni ristrette, cioè dei terreni recinti, come trovasi detto nell'istromento del 1619 e viene riferito nella sentenza.

Che la esistenza simultanea delle accennate tre servitù lascia intendere agevolmente come gli usi civici si esercitassero sui differenti terreni in quella forma che riusciva compatibile colla natura diversa di essi, sicchè su quelli che non erano atti alla coltura aveva luogo il legnatico se boscosi, ovvero il pascolo nella più larga e continuata misura che era consentita dalla condizione del suolo.

Che se questo era lo stato giuridico della terra nei rapporti tra i naturali e il principe non potevasi nella risoluzione della presente quistione trascurare quest'altro esame: se cioè il fatto di essersi in progresso di tempo dissodati e ridotti a coltura terreni che dapprima erano selve e boschi, dovesse considerarsi come avvenuto ad esclusivo vantaggio del valore colla conseguenza per giunta di privare gli abitanti del diritto di legnatico che prima vi esercitavano e di restringere in più angusti confini il diritto del pascolo; ovvero dovesse reputarsi il successivo diboscamento

come una necessità o anche come una utilità reclamata dai cresciuti bisogni della popolazione fattasi più numerosa con estendersi alle nuove terre aperte alla coltura quel diritto civico di semina che già costituiva la condizione giuridica ed economica onde era governato il territorio comunale e che per la stessa natura delle cose doveva prendere il luogo degli usi del legnare o del pascere, il primo resosi impossibile e il secondo scemato di importanza a cagione dell'avvenuto dissodamento.

Che la Corte ha omesso del tutto di fare questa indagine che era pur necessaria a rettamente decidere il punto controverso, imperocchè se può ammettersi che un dato uso civico non si estenda a terreni su cui non è stato praticato, sebbene vi fossero adatti, non riesce ugualmente agevole intendere come, data la generale soggezione di un territorio ad un determinato uso civico per antico diritto della popolazione, dovessero andar sottratte al medesimo quelle parti di territorio che mano mano diventarono suscettive dell'esercizio di esso diritto per mutata condizione del suolo, quando manca la prova che questa mutata condizione fosse stato effetto del mero arbitrio del proprietario che intese esclusivamente al proprio vantaggio, e non piuttosto la conseguenza di un naturale svolgimento economico per cui, nell'interesse reciproco del padrone e dei naturali, dei terreni incolti già soggetti agli usi compatibili con questa loro natura, vennero a tramutarsi in terreni colti ricadenti sotto quel diverso diritto che agli abitanti competeva su tutte le parti del suolo comunale atte alla coltura.

Che nella sentenza sta detto che il fatto abusivo del proprietario di avere ridotto a coltura terre soggette al *jus lignandi et pascendi* privando i naurali di codesti diritti non poteva far nascere in favore dei medesimi naturali il diverso diritto della semina, e che in ogni caso sarebbe potuta sorgere in quelli soltanto un'azione di risarcimento di danno.

Che però quel che occorreva dimostrare era appunto di essere avvenuto il dissodamento per un abuso del proprietario, anzichè per l'assentimento ad esso prestato dai medesimi cittadini che avessero avuto interesse di veder aumentare le terre coltivabili, ed egli è da notare che nella stessa sentenza accennandosi all'abuso commesso del proprietario nel dissodare le terre se ne parla in modo dubitativo e come di semplice ipotesi, dicendosi che, dato pure di essere il dissodamento imputabile al proprietario, non si avvantagerebbe per questo la pretesa del Comune, con che la Corte venne senza accorgersene ad ammettere anche l'altra ipotesi che al fatto del diboscamento non fossero stati estranei gli stessi naturali.

Che giustamente poi si duole il ricorrente di aver la Corte negato senza sufficienti ragioni la prova testimoniale chiesta per dimostrare che il diritto di semina fu esercitato anche sulle 60 rubbia colla sola diversa modalità, rispetto alle altre terre, che la corrisposta, invece di essere in misura fissa, veniva stabilita con peculiari accordi in vista della maggiore feracità di quel terreno.

Che conveniva alla Corte di dimostrare che questo fatto fosse già escluso da quanto altro era rimasto assodato in senso opposto, o che non potesse avere importanza, attesa qualche speciale condizione di cose; e ciò era tanto più necessario di rilevare, che non cadeva alcun dubbio di rientrare anche le 60 rubbia ne' quarti e di essere anch'esse soggette allo stesso regime ed allo stesso turno di coltura.

Che la Corte si è fermata all'argomento addotto dal perito, che estendendosi il diritto di semina giusta l'istrumento del 1619 alle terre *solite a lavorarsi* nelle medesime non potevano reputarsi comprese le 60 rubbia che al tempo di quella stipulazione erano terreni boschivi e perciò incapaci di essere seminati, continuando a rimanere tali almeno fino al tempo del catasto piano del 1746, nel quale catasto erano riportate come terreni incolti.

Che un siffatto argomento mal potevasi considerare decisivo nella presente quistione, imperocchè era ben chiaro che fino a quando le 60 rubbia rimasero terreno sodo e boschivo la coltura non vi potè essere esercitata, ma la disputa consisteva nel vedere se dopo che furono rese coltivabili non si fosse ad esse dovuto estendere quel diritto di semina che era regola generale in tutto il territorio morlupese distribuito in quarti aperti, de' quali entrarono a far parte anche quei nuovi terreni, senza che mai acquistassero la qualità di possessioni ristrette, che era l'unica eccezione fatta all'accennato diritto nello istrumento del 1619.

Che non meno fondate appariscono le censure del ricorso riguardo a quella parte della sentenza in cui viene posta in dubbio l'origine feudale del territorio di Morlupo.

Che le considerazioni fatte in proposito dalla Corte sono al tutto fuori luogo, essendo cosa vana il discutere intorno alla non ben dimostrata qualità feudale della terra di Morlupo, per trarne argomento contro il preteso diritto civico su di una limitata estensione di terreno, quando era fuori di controversia di essere tutte le altre parti del territorio soggette alle più importanti servitù civiche e quando le medesime 60 rubbia appartenevano al medesimo proprietario, che nell'istromento del 1619 non in altra veste che di feudatario potè trattare colla comunità e cogli uomini di Morlupo e questi esercitavano anche allora su quel terreno gli altri usi civici, che comportava la condizione naturale in cui trovavasi in quel tempo.

Che, dovendosi per le esposte considerazioni ritenere di essere manchevole di sufficiente motivazione la denunziata sentenza su ciò che formava il punto principale della controversia riguardo alla esistenza del conteso diritto di semina, non può la sentenza stessa sfuggire al chiesto annullamento.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

19 febbraio 1907 n. 129

Basile *Pres.* — Setti *Est.*

Zedda (avv. *F. Atzeri*) contro Espa (avv. *V. Scialoja*).

Quando una sentenza sia stata notificata due volte (prima al domicilio reale e poi al domicilio eletto presso il procuratore), i termini per ricorrere decorrono dalla seconda notifica (1).

La Corte ecc. — Considera, sulla eccezione di inammissibilità del ricorso, che sta in fatto che la denunziata sentenza fu nel giorno 20 marzo 1906, ad istanza dell'Espa, notificata allo Zedda in Cagliari, suo domicilio reale dichiarato (oltrechè sua residenza) e nella sua casa di abitazione ed in persona della moglie, lui assente momentaneamente, e ciò insieme al precetto a pagare le spese di lite. Poi, per ragioni di cautela, l'Espa fece notificare, addì 31 dello stesso mese, la sentenza stessa al domicilio eletto dallo Zedda presso il suo procuratore. Lo Zedda con atto notificato all'Espa solo il 29 giugno interpose, come sopra è detto ricorso di cassazione.

Ora lo Zedda aveva istituito il giudizio di appello (nel quale emanò la sentenza ora denunciata) dicendosi « domiciliato a Cagliari ed elettivamente presso l'avvocato Francesco Atzeri, dal quale sarà rappresentato ». E' evidente, dice il controricorrente Espa, che per tal modo lo Zedda aveva dichiarato come in Cagliari fosse il suo domicilio reale, e come egli eleggesse quivi il domicilio presso il suo avvocato. La regolarità quindi della prima notificazione al domicilio reale non può essere disconosciuta. Nè si può dire che le parole sopra riferite costituiscano una semplice identificazione e non una dichiarazione; imperocchè l'art. 134 cod. proc. civ. non la richiede per l'attore (e attore era lo Zedda); e di più, quando lo Zedda fece intimare all'Espa l'atto di appello in parola, la causa durava da otto anni circa e l'intimante non aveva davvero bisogno di alcuna identificazione. Sarebbe quindi irra-

---

(1) A noi pare che la soluzione di questa grave questione dipenda dalla soluzione dell'altra tanto controversa in dottrina e in giurisprudenza, se cioè agli effetti dell'articolo 562 la notifica della sentenza possa farsi a norma dell'articolo 367.

Ma finchè il dubbio e la controversia durano, siccome la notifica al domicilio eletto può esser fatta all'effetto della decorrenza dei termini e quella al domicilio reale all'effetto dell'esecuzione, così non ci pare possibile dare alla questione una risposta generica, come fa la nostra Corte.

Infatti si ponga la questione nel seguente modo: notificata validamente una sentenza d'appello e cominciati così a decorrere i termini pel ricorso, può una seconda notifica egualmente valida avere l'effetto di riaprire i termini?

Come si vede una risposta assoluta non è facile: e però crediamo che debba distinguersi: se la notifica al domicilio reale fu fatta coll'intento di procedere all'esecuzione, come apparirebbe nella specie dall'essere stata tale notifica accompagnata dal precetto, può ritenersi che i termini comincino a decorrere dalla seconda notifica fatta al domicilio eletto; se poi la notifica fu fatta prima al domicilio eletto e poi a quello reale, siccome questa sarebbe fatta evidentemente per evitare la questione della validità della notifica al domicilio eletto agli effetti dell'esecuzione, così non crediamo che possa dar luogo alla riapertura dei termini. Cfr. in argomento: Cass. Torino 13 dicembre 1898, *Giur. tor.*, 1899, 116. — In ogni modo il Supremo Collegio ha certamente ben deciso il caso pratico.

zionale, prosegue l'Espa, lo scorgere in quelle parole una mera indicazione diretta ad identificare la persona dell'appellante: mentre la dicitura stessa « domiciliato a Cagliari ed elettivamente presso l'avvocato Francesco Atzeri » sta a dimostrare che lo Zedda volle fare ad un tempo e dichiarazione ed elezione di domicilio, compiendo con ciò una formalità avente la sua ragione d'essere in rapporto alla notificazione eventuale di certi atti processuali, fra cui le sentenze.

Ciò posto, la prima notificazione, fatta dall'Espa allo Zedda, della sentenza impugnata nel 20 marzo 1906 non può non essere ritenuta valida e atta a far decorrere i termini pel ricorso, non ostante l'altra notificazione del 31 marzo, di fronte alla quale il ricorso sarebbe stato invece tempestivamente prodotto.

L'articolo 567 Cod. proc. civ. dice che la sentenza è notificata nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto o dichiarato, giusta gli art. 134 n. 5, 158 n. 2, 159 n. 2, e l'art. 134 n. 5 dispone che l'atto formale di citazione deve contenere la dichiarazione della residenza o del domicilio dell'attore, il quale deve fare elezione di domicilio nel caso non risegga e non abbia domicilio nello Stato, e può farla, se invece vi abbia residenza o domicilio. Ora non può sostenersi che, allorquando e dichiarazione ed elezione domiciliare concorrano, come nel caso in esame, la notificazione della sentenza debba eseguirsi nel domicilio eletto, e non in quello dichiarato. Una tale teorica ha invero fautori; ma l'opinione contraria prevale di gran lunga in giurisprudenza e fu replicatamente accolta da questa Corte suprema, e basterà citare per tutte la sentenza 2 marzo 1891, est. Bandini, Pubblico Ministero Auriti, in causa Somma e Rotondo (*Legge*, 1891, vol. I, pag. 688 e seg.), in cui furono dimostrate tutte le ragioni per le quali, sia per la lettera dell'art. 367, sia per lo spirito del medesimo, sia per l'origine storica delle disposizioni degli art. 367, 396, 437 e 486 cod. proc. civ. è giusto ritenere, che la legge si è accontentata della indicazione di una sola località, nella quale possano essere notificati gli atti diretti alla parte costituentesi in giudizio, lasciando pienamente libera la parte che comparisce al giudizio, di scegliere la residenza, il domicilio reale o il domicilio eletto.

Che se poi per compiere questo suo dovere la parte, anzichè una sola di dette località ne dichiari due e anche tutte e tre, allora con questo suo fatto viene a rinunziare al diritto di scelta, che le spettava, e trasferisce così tal diritto nel suo contradittore, nel cui interesse quella dichiarazione o elezione è pure ordinata, e se ne nascono incertezze od arbitrii, *imputet sibi*.

Tal'è, in sostanza, il ragionamento che fa il controricorrente per sostenere la sua eccezione pregiudiziale.

Ma è evidente che essa non ha giuridico fondamento. La citazione fatta della sentenza di questa corte non quadra al caso in esame. La quistione era se, nel caso di più domicilii, fosse lecito, a chi impugna la sentenza notificata, scegliere fra essi quello che a lui paresse più acconcio: qui si tratta invece di vedere se, date due notificazioni successive, ma entrambe regolari, di una sentenza, il termine per investirla di ricorso decorre dalla prima o dalla seconda notificazione.

Ora il controricorrente per risolver la tesi a favor suo parte da questo principio: essere, cioè principio elementare di diritto giudiziario che, ove una sentenza sia stata successivamente e regolarmente notificata più di una volta alla stessa parte, il termine per impugnarla debba computarsi dalla data della prima notificazione.

Ma per verità non si dice da quali argomenti giuridici un tale principio possa essere sostenuto. Il diritto giudiziario non ha mai sancito una tale massima. Nè poteva sancirla. Chi notifica due volte successivamente una stessa sentenza lo fa per cautelarsi contro la eventualità di un errore incorso presumibilmente nella prima notificazione, ma riconosce nel notificato la libertà di scelta tra la prima e la seconda notifica per provvedere riguardo ai termini perentori con la impugnativa che la legge gli accorda. La stessa libertà di scelta che, come si è detto sopra, vuolsi riconosciuta nel notificante di scegliere questo o quel domicilio in caso in cui concorrono dichiarazione ed elezione, deve essere pure riconosciuta nel notificato per computare il punto di partenza del termine utile a lui per ricorrere. La seconda notificazione, se regolare, avrà lo stesso valore della prima, se è vero che fu fatta per assicurar meglio al notificando il sicuro e sollecito ricevimento dell'atto che si vuol portare alla sua cognizione. Sarebbe assurdo obbligare il notificato di andare ad investigare la volontà del notificante per conoscere a quale delle due notificazioni in luoghi

diversi vorrà dare la preferenza. Per lui le due notifiche hanno lo stesso valore, e hanno la stessa virtù di far decorrere il termine, di cui all'art. 518 cod. proc. civ., in cui è detto solamente che il termine decorre dalla notificazione della sentenza a norma degli art. 367, 396, 437. Cosicchè in caso di più notificazioni successive, e in località diverse, il notificato vede innanzi a sè il beneficio di poter scegliere questo o quel punto di partenza per la computazione del termine perentorio per proporre il ricorso. Il notificante che, invece di limitarsi alla notifica nel domicilio dichiarato, aggiunge anche quella al domicilio eletto viene con ciò a significare che entrambi i domicilii egli considera ugualmente idonei agli intenti suoi, e, poichè successivi furono gli atti di notificazione, successive saranno anche le decorrenze dei termini.

Questa interpretazione oltre ad esser conforme alla parola e allo spirito della legge è anche conforme alle regole del buon metodo esegetico, il quale consiglia nello studio delle norme procedurali quella giusta larghezza di concetti da rendere possibile la garanzia dei diritti delle parti e l'esercizio di questi agli scopi della difesa legale.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

22 febbraio 1907. n. 135

Caselli *Pres.* — Setti *Est.*

De Castro (avv. *G Villa* e *Ant. Gabrielli*) contro Davves (avv. *G. Paolucci* e *I. Ottolenghi*).

Chi paga come gestore di negozio altrui e paga l'indebito ha azione per ripetere la somma pagata (1).

Nel caso che muoia in Italia un suddito degli Stati Uniti di America le autorità consolari, che presso di noi rappresentano tale Nazione, hanno facoltà, in virtù dei trattati vigenti, di proporre avanti il magistrato italiano, senza bisogno di alcun mandato degli eredi, l'azione di restituzione dell'indebito pagato per conto della eredità (2).

La Corte ecc. — Sul primo mezzo osserva che la denunziata sentenza ha ritenuto che il sig. De Castro, quando pagò alla signora Davves Rose la somma di lire 184, non agì come console, ma quale mandatario degli eredi Iohnson, e disse che, estinto il mandato, il De Castro mancava di azione.

Ma il Tribunale dimenticò di dire le ragioni per le quali affermò la esistenza del mandato supposto, nè espose quelle che secondo lui escludevano nel De Castro la veste di console quando agì nell'interesse dell'eredità Iohnson, mentre gli eredi erano assenti. Egli disse solo che per ritenere in lui la veste di console non bastava che avesse scritto su carta col timbro del Consolato e si fosse firmato colla qualifica che gli spettava, ma poi il Tribunale non seppe indicare quali altri atti o segni o forme sarebbero stati necessari perchè tale sua qualifica diplomatica dovesse considerarsi prevalente a quella di un privato qualunque nell'atto della sua richiesta e voluta intromissione negli affari dell'eredità Iohnson. Sarebbe stato necessario che si fosse tenuto presente che la signora Iohnson era morta senza testamento e che gli eredi di lei erano non solo i due figli presenti alla sua morte, ma benanche il marito e altri due figli, assenti da Roma, come da Roma si allontanarono due giorni dopo il decesso anche quei due.

La sentenza quindi è incorsa nel difetto di motivazione sotto il duplice aspetto ora indicato.

Sul secondo mezzo osserva che il tribunale ha erroneamente definita la qualità del console De Castro dicendolo mandatario privato. Il console americano pagò la somma indebita alla signora Davves Rose quando nessuno degli eredi Iohnson era più a Roma (cioè due giorni dopo la loro partenza), e il console pagò come console rappresentante la successione Iohnson; pagò come gestore di negozi e non come mandatario di privati, non come privato, non come terzo, sibbene come vero e legittimo rappresentante delle persone interessate per effetto delle qualità inerenti al suo ufficio di console, quindi come tale e come *gestor negotiorum*, dalle convenzioni per tale riconosciuto (come si vedrà più avanti), pagò lire 184, non competenti alla Davves. A lui

---

(1-2) La sentenza cassata è quella 30 marzo 1906 del Tribunale civile Roma, est. CURIS, ed è inserita in questa Raccolta, 1906, pag. 237. Ivi in nota possono leggersi interessanti richiami.

spettar deve adunque la *conditio indebiti*. Che se anche all'atto della partenza dei due fra i cinque eredi della Iohnson, quelli ebbero a dire alla signora Davves, che essa potevasi rivolgere al console per la liquidazione d'ogni suo avere, con ciò quei due non additarono il De Castro come un loro mandatario privato, ma come il legale rappresentante della eredità; e come tale infatti intervenne, non potendosi presumere che appunto allora si spogliasse di tale sua qualità quando era chiamato a compiere atti inerenti alla sua legale funzione e compresi nell'orbita del suo ministero.

Sul terzo motivo osserva che l'errore fondamentale della sentenza sta nell'aver negato che il console generale avesse, in virtù di legge e di trattati, facoltà di proporre egli avanti il magistrato italiano, senza bisogno di alcun mandato degli eredi, l'azione di restituzione dell'indebito interessante la eredità, siccome diretta a ristabilire la integrità patrimoniale della eredità stessa.

La sentenza male comprese la convenzione consolare stabilita fra gli Stati-Uniti di America e l'Italia nel 1878, la quale, garantendo alle parti contraenti il trattamento della nazione più favorita, assicurava ai consoli il diritto di rappresentare giudizialmente, in dati casi, l'eredità dei rispettivi nazionali. E sia che per nazione più favorita si voglia considerare la Francia nella sua convenzione del 26 luglio 1862, o sia che si voglia ritener come tale la Russia nella convenzione dell'aprile 1875, sta in fatto che per l'art. 9 i poteri dei consoli si riepilogano in ciò: *a*) apporre e rimuovere i sigilli; *b*) compilare l'inventario; *c*) vendere le cose deperibili; *d*) custodire o depositare capitali e rendite ereditarie; *e*) accertare e *liquidare i debiti e i crediti*; *f*) amministrare e rappresentare anche giudizialmetne la eredità. — E a questo riguardo la convenzione soggiunge:

« *Dans toutes les questions auxquelles pourront donner lieu l'ouverture, l'administration et la liquidation des successions des nationaux d'un des deux pays dans l'autre, les consuls généraux, consuls et vice consuls respectifs représenteront de plein droit les héritiers et seront officiellement reconnus comme leurs fondés de pouvoirs, sans qu'ils soient tenus de justifier de leur mandat par un titre spécial.*

« *Ils pourront, en conséquence, se présenter soit en personne, soit par des délégués, choisis parmi les personnes qui y sont autorisées par la législation du pays, par devant les autorités compétentes, pour y prendre, dans toute affaire se rapportant à la succession ouverte, les intérêts des héritiers, en poursuivant leurs droits ou en répondant aux demandes formées contre eux* ».

Dalle quali parole emerge chiaro il concetto che, aprendosi la successione d'uno straniero in Italia, è il rappresentante consolare della nazione estera stessa che si incarica per lui di far tutto, e non solo di amministrargli i capitali, ma di liquidarli per poterli consegnare agli eredi entro un termine non minore di sei mesi. Questo è il compito che la legge nazionale assume di fronte al suo concittadino, ed è questo il compito che la Nazione delega a sua volta agli agenti suoi consolari.

Per queste ragioni è evidente che il Console durante il periodo della liquidazione può spiegare anche l'azione di ripetizione di indebito. Dal momento che egli è il curatore e il rappresentante legale della eredità in Italia in assenza degli eredi o nei casi dalle convenzioni contemplati, consegue che giuridicamente risiede in lui l'*universum ius* e che durante quel periodo egli possa e debba spiegare in Italia qualunque azione competente agli eredi.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

22 febbraio 1907, n. 134

Basile *Pres* — De Aloisio *Est.*

Giorgi (avv. *V. Simoncelli*) contro Vico ed altri (avv. *O. Marchetti*).

Se il marito non si trova in grado di alimentare la moglie e non vi sono altri parenti più prossimi cui si possa addossare un simile obbligo, il debito degli alimenti alla nuora viene a cadere per legge sul suocero abbiente (1).

Il suocero, in tal caso, deve gli alimenti alla

(1) Tesi chiara che dovrebbe sembrare indiscutibile di fronte alla disposizione dell'art. 142 Codice civile. Piuttosto potrebbe dubitarsi se, prima di chiedere gli alimenti dal suocero, è necessario

nuora, anche se questa abbia abbandonato il domicilio coniugale senza giusta causa (2).

E' incensurabile in cassazione l'avviso dei giudici del merito, secondo cui non è opportuno, nel caso, che un alimentando riceva gli alimenti in natura nell'abitazione di colui che deve prestarli (3).

La Corte ecc. — Destituito d'ogni fondamento di ragione è il ricorso in disamina. La Corte di merito ebbe ben presente la graduatoria, cui è sottoposto dal Codice civile l'obbligo degli alimenti, poichè non ravvisò questo nel ricco suocero, convenuto, se non dopo aver rilevato la impotenza degli anteriori obbligati.

Infatti la sentenza, premesso che « il diritto agli alimenti in tanto sorge, in quanto chi li chiede versi nello stato di bisogno, quali che sieno le cause determinanti, e chi li deve, fra i designati in modo tassativo dalla legge, abbia la necessaria potenzialità economica di adempiere alla corrispondente obbligazione », passando a parlare dell'eccezione di carenza di azione, dedotta nella specie dal convenuto Giorgi Antonio, ritenne « che dagli esibiti certificati delle competenti autorità risulta ad evidenza dimostrato il bisogno da parte della moglie, la povertà sia del marito e del figlio suo, nonchè della propria madre Eleonora Marcarelli, ed è per contrario provata l'agiatezza del *suocero* Antonio Giorgi, che pertanto è obbligato a somministrare gli alimenti alla nuora ».

Il quale ritenuto, tutto di fatto, della sentenza, motivata col suo sovrano apprezzamento dei documenti della causa, è inaccessibile ad ogni sindacato del Supremo Collegio. Al che si aggiunge che, più giù, la stessa Corte, a proposito del marito, specifica anche meglio, e sempre incensurabilmente, che questi « non ha casa di abitazione propria, convivendo coi genitori, e non ha mezzi per sostenere i pesi della famiglia ». Ora, data la impossibilità del marito di fornire gli alimenti alla moglie, si rende oziosa la questione della decadenza o meno di costei, per il preteso suo allontanamento, senza giusta causa, dal marito, dall'azione alimentaria contro il medesimo. Imperocchè, siccome, anche qualora giusta fosse stata la *causa* dell'abbandono, il suocero, stante l'inopia del marito, sarebbe tenuto a prestarle lui gli alimenti, e siccome la *ingiusta causa* dell'abbandono non eliminerebbe cotesta inopia, così non potrebbe esso suocero opporre alla nuora la decadenza da un'azione che, se pur fosse esperibile, sarebbe *a priori* improduttiva di ogni utile risultato.

Ed è vano il dire che, convivendo il marito col padre suo facoltoso, la moglie troverebbe nella costui casa tutto il necessario per il sostentamento di lei e del proprio figliuolo; giacchè l'agiatezza nel *suocero* non esclude la povertà del *marito*.

Ed è quindi un non senso l'accusa di contraddizione, che il ricorso fa all'impugnata sentenza. D'altronde, obbligare la moglie per aver gli alimenti a tornare a convivere nella casa del suocero e della suocera importerebbe l'accoglimento della surriferita domanda *subordinata*, fatta in appello dal Giorgi Antonio, la quale, con apposito ragionamento, fondato su criteri prudenziali e discrezionali, venne respinta dalla Corte, ed il cui rigetto non fu menomamente investito dal ricorso.

---

avere escusso inutilmente le persone a ciò obbligate in precedenza a lui. Però la dottrina e la giurisprudenza prevalgono nel ritenere che il giudizio istituito senz'altro a carico del suocero o di qualsiasi altro obbligato sussidiariamente non è improcedibile e che nel giudizio stesso può darsi la prova dell'impossibilità di conseguire gli alimenti dai principali obbligati. Cfr. in tal senso, da ultimo, A. Torino 12 febbraio 1906, *Giur. tor.*, 1906, 575, e A. Venezia 12 luglio 1906, *Temi* 1906, 745.

L'A. Trani 3 febbraio 1906, *Foro Puglie* 1906, 99, ha deciso che, poichè la prestazione degli alimenti è un obbligo personale, non esiste un credito a tale titolo da far valere verso l'eredità dell'alimentato.

(2) Questa massima ci sembra in aperto contrasto con la disposizione contenuta nella prima parte dell'art. 133 Cod. civ., disposizione che, finchè esiste, deve essere rispettata. Vedi A. Palermo 19 giugno 1905, *Foro sic.*, 1905, 536 (nel testo) e CABERLOTTO, in *Digesto italiano*, voce *Alimenti*, n. 36.

(3) La libertà del magistrato non saprebbe, però, approvarsi se mirasse a sacrificare la libertà individuale. E siffatta libertà fu sacrificata senza dubbio dall'A. Palermo 19 giugno 1905, citata nella precedente nota, quando impose ad una moglie di ritirarsi in un determinato convento, ove sarebbe stata alimentata dal marito. Questa decisione non si scusa con l'addurre che trattavasi di un caso speciale; e giustamente la stessa Corte di appello, con successiva sentenza, in altra lite, rendeva omaggio alla libertà personale (28 dicembre 1906, *Foro sic.*, 1907, 9).

Infine, nè tampoco sussiste l'asserto difetto di motivazione, per non avere la Corte risposto circa la *dote militare* dal ricorrente attribuita alla Marcarelli, a causa del costei secondo matrimonio col *capitano* Simone Piano. La risposta sta nell'altro ritenuto di fatto, non impugnato, nè impugnabile, della sentenza, che il detto Piano era un *capitano in ritiro*, essendo ovvio che la *dote militare* è richiesta pel matrimonio degli ufficiali in attività di servizio, non già di quelli collocati a riposo.

Per tali motivi la Corte Suprema rigetta il ricorso, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

22 ottobre 1906, n. 671

Pomarici *Pres.* ed *Est.*

Tabelli (avv. *G. Falconi*) contro Neuhaus (avvocato *C. Fassa*).

La revoca della dichiarazione di fallimento dà luogo al risarcimento dei danni verso il creditore soltanto se costui abbia agito con dolo o colpa grave (1).

Le cambiali se sono titoli autonomi pei terzi, non vanno però fra le parti distaccate dalla causa che diede origine ai titoli (2).

La Corte ecc. — Osserva, in *fatto*, che dichiarato nel 1904 il fallimento di Tabelli Tullio, ebbe luogo poi un concordato tra lui ed i suoi creditori, fra i quali il sig. Neuhaus Guglielmo.

Questi, non essendo stato soddisfatto in parte della quota assegnatagli nel concordato, per la quale il concordatario Tabelli aveagli rilasciate più cambiali, ciascuna di lire 50, ricorse al Tribunale di Roma per far dichiarare il fallimento del nominato Tabelli, spiegando però in siffatta istanza che era creditore per importo percentuale concordato, rappresentato da diverse cambiali cadute in protesto, e che, dopo aver tentato inutilmente l'esazione in via amichevole, aveva pure intimato precetto al Tabelli pel pagamento di un pagherò cambiario di lire 50, scaduto fin dal 31 luglio 1905, ma esso Tabelli non aveva provveduto al pagamento neppure della somma precettata, che era una parte del maggior suo debito.

Il Tribunale sopra questa istanza dichiarò, con sentenza 30 marzo 1906, il fallimento del Tabelli, il quale ,con citazione 11 aprile successivo, promosse, a norma dell'art. 693 codice di commercio, giudizio di opposizione alla dichiarazione del fallimento, in contraddittorio del Curatore e del creditore istante, chiedendo contro quest'ultimo la condanna al risarcimento dei danni ed alle spese.

In giudizio il convenuto Neuhaus si associò alla domanda di revoca del fallimento, riconoscendo che egli, singolo creditore, non poteva ottenere la dichiarazione del fallimento di Tabelli nella forma dell'art. 687 detto codice di commercio, ma poteva solo valersi del diritto consentitogli dall'art. 843 codice medesimo, e cioè domandare la risoluzione del concordato solo quanto al proprio interesse, e chiese l'assolutoria da tutte le altre domande del Tabelli per danni e spese.

Il Tribunale, con sentenza 21-25 maggio 1906 revocò il fallimento, e, mentre respingeva la domanda del Tabelli per risarcimento di danni, condannava però il Neuhaus nelle spese della procedura fallimentare, e nelle spese dell'attuale giudizio di opposizione.

Avverso questa sentenza ha prodotto appello principale il sig. Tabelli, solo in quanto fu respinta la sua domanda per danni contro il Neuhaus.

---

(1) La sentenza ci pare giusta nella sua sostanza e nel dispositivo, sebbene non possiamo sempre convenire nei principii di diritto in essa enunciati. Infatti che mancasse nella specie la coscienza dell'ingiusto, che costituisce, secondo il nostro modo di vedere, la temerarietà della lite, è reso evidente dal complesso dei fatti accennati nella sentenza; non possiamo però convenire nella massima che il legislatore, disciplinando a parte la condanna per lite temeraria, abbia inteso scostarsi dalle norme generali sulla responsabilità di cui agli articoli 1151 e 1152, poichè se la lite è conseguenza di un fatto produttivo di responsabilità, questa non può essere determinata che colle norme del diritto comune e quindi non può negarsi in modo assoluto la corrispondenza dell'articolo 370 della procedura coi menzionati articoli del Codice civile. Cfr. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, p. 324 in nota.

(2) Anche questa massima, sebbene conforme a una giurisprudenza prevalente, pare a noi che sia enunciata in modo troppo assoluto. Infatti per stabilire se una cambiale costituisca o no novazione del rapporto giuridico fondamentale non può prescindersi dall'indagine sull'esistenza o meno dell'*animus novandi*; e però gli scrittori e i Tribu-

Questi, a sua volta, ha proposto appello incidentale, chiedendo la riforma della sentenza sul punto delle spese della procedura del fallimento, e delle spese del giudizio.

Osserva, in *diritto*, che il danno emendabile è quello ingiusto, non quello che viene causato, sia pure per errore di procedura, nell'esercizio di un proprio diritto, imperocchè è norma direttiva tramandata dalla sapienza del diritto Romano, che « *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet; et non videtur dolo facere qui jure suo utitur, et ordinaria actione experitur* » (Paolo). Questa norma deve perciò essere sempre tenuta presente per l'esatta applicazione degli articoli 1151 e 1152 codice civile, i quali, mentre sanciscono il principio generale ed inflessibile di alta moralità e giustizia, riconosciuto ed ammesso in tutte le legislazioni, che debba cioè ciascuno rispondere delle conseguenze dannose di un proprio fatto, chiedono però che il danno sia commesso con colpa, imprudenza o negligenza. Onde non basta attribuire ad altri un fatto dannoso, per aversi senz'altro il diritto all'indennizzo, ma deve concorrere l'estremo del dolo, o almeno della colpa per imprudenza o leggerezza di colui che quel fatto abbia commesso. Deve in altri termini concorrere il delitto o quasi delitto, e cioè che il fatto sia illecito, violi il diritto altrui, ed infranga il proprio dovere; il che si avvera allorchè non si ritenga in buona fede e per fondate o plausibili ragioni che quel fatto costituisca l'esercizio di un proprio diritto.

Di qui deriva che, se il convincimento di aver diritto a fare qualche cosa, o a sperimentare un'azione giudiziaria, sia sorretto da plausibili ragioni, il fatto di avere ad altri recato danno non può dar luogo alla emenda del danno medesimo. Premessi tali principii fondamentali di giustizia e di diritto, devesi indubbiamente riconoscere che Neuhaus, nel domandare il fallimento del suo debitore inadempiente, non agì con dolo o temerarietà, e neppure con imprudenza o leggerezza inescusabile, non avendo egli nella sua istanza nascosto il rapporto fondamentale dei suoi crediti cambiari, come rettamente hanno osservato i primi giudici.

Nè regge la censura dell'appellante Tabelli, per avere i medesimi primi giudici ritenuto, che la quistione debbasi risolvere in base della disposizione dell'art. 370 proc. civile, imperocchè la responsabilità dei danni contemplata da questo articolo non si differenzia nella sua fonte dal delitto di cui all'art. 1151 codice civile, ma ha unica causa, cioè il delitto o quasi-delitto, e la menzione della detta responsabilità nell'art. 370 ha una ragione tutta procedurale, desunta da considerazioni di opportunità e convenienza sociali, rapporto alla natura della medesima responsabilità.

Sarebbe invero stato assai pericoloso comprendere il fatto della lite sotto la formola di qualunque fatto colposo, anche per sola negligenza od imprudenza, contemplato dai ripetuti articoli 1151 e 1152, non potendosi certo rimproverare la parte se stante un diritto dubbio e controvertibile, ricorra all'autorità giudiziaria per farlo risolvere. Perciò non può essere emendabile il danno causato nell'esercizio di un proprio diritto, quando per fondate o plausibili ragioni si abbia il convincimento di poterlo esercitare.

Di qui, e non da altro, va desunta la ragione per la quale il legislatore ha disciplinato a parte il risarcimento dei danni per lite temeraria, scostandosi deliberatamente dalle norme generali sulla responsabilità di cui agli articoli 1151 e 1152, secondo cui a costituir l'obbligo del risarcimento dei danni basta

---

nali tedeschi, a cui giova ricorrere per essersi il nostro Codice uniformato alla legge cambiaria tedesca, distinguono se la cambiale fu rilasciata e ricevuta *zahlungshalber* (a fine di pagamento) o *anzahlungstatt* (in pagamento) e secondo che si verifica l'uno o l'altro caso ritengono che perduri o sia novato il credito originario. E però se la cambiale, data a fine di pagamento, sia una tratta accettata o un vaglia cambiario emesso dal debitore e non venga pagata alla scadenza, il creditore ha il diritto di restituire la cambiale e citare in base al credito originario, anche quando la cambiale fosse prescritta (Entscheidungen des Uberhandesgerichts, *Decisioni del Tribunale Supremo di commercio*, vol. 21, p. 251, e vol. 15, p. 321), ma non potrebbe proporre l'azione d'indebito arricchimento che solo può aver luogo quando la cambiale prescritta fu data e ricevuta in pagamento (*Decis. cit.*, vol. 15, p. 322), poichè in tal caso soltanto il credito originario sarebbe estinto.

Da queste e molte altre considerazioni che si potrebbero fare, e che lo spazio non ci consente, è facile argomentare come non sia possibile enunciare in proposito una massima generale, ma occorra indagare volta per volta quale sia stata la effettiva intenzione dei contraenti.

una colpa qualsiasi, anche lievissima, ed ha invece richiesto l'estremo della temerarietà della lite (ispirandosi appunto al ricordato principio « *non videtur dolo facere, qui jure suo utitur, et ordinaria actione experitur)* », val quanto dire che la lite sia stata intrapresa e sostenuta con dolo, o con colpa così grave da potersi equiparare al dolo. Nel caso in esame non è punto esatto che la domanda per dichiarazione di fallimento, presentata da Neuhaus, era destituita manifestamente di ogni giuridico fondamento, stante che il Tribunale, per giungere alla revocazione del fallimento, ha dovuto innanzi tutto risolvere la quistione: se col rilascio delle cambiali fosse o no stato novato il rapporto originario nascente dal concordato.

Ma prescindendo dalle svolte osservazioni, ed ammettendo l'assunto dell'appellante, che la responsabilità del Neuhaus debba essere decisa unicamente con le norme degli articoli 1151 e 1152 Cod. civ., e sia quindi inapplicabile l'art. 370 Proc. civ., (mentre esso appellante, riportando nella sua comparsa alcuni pronunziati giudiziari, riconosce pure, che non s'incorra in responsabilità di danni per delitto o quasi-delitto quando si sottometta quistione dubbia, perchè in questo caso si esercita un diritto legittimo, onde, anche riuscendo soccombente, non possa imputarsi violazione dell'altrui diritto, specialmente se sia scusabile l'errore) il Collegio non può riconoscere ed attribuire a Neuhaus colpa anche lieve, per imprudenza, negligenza o leggerezza, nell'aver presentata istanza onde far dichiarare il fallimento del suo debitore inadempiente, imperocchè ad escludere la sua buona fede non basta che egli riconoscesse di essere creditore verso Tabelli per residuo importo della percentuale del concordato, quando nella sua istanza fece, come si è già detto, menzione di tale rapporto giuridico, che metteva il Tribunale nella condizione di riconoscere l'errore in cui esso istante era incorso; ed avrebbe quindi potuto non accogliere la istanza medesima.

In fine non è superfluo aggiungere che il Tabelli deve imputare a se stesso i danni derivatigli dalla dichiarazione di fallimento, dacchè essendo egli inadempiente verso il suo creditore Neuhaus, alle minaccie di costui, rispondeva, riconoscendole *con ragioni fondatissime*, e che, se credeva di farlo fallire, non glie ne avrebbe perciò fatto rimprovero.

Ciò rivela che anche il Tabelli riteneva che il singolo suo creditore Neuhaus avesse diritto di domandarne la riapertura del fallimento, se devesi escludere che abbia risposto nel modo suenunciato per trarre in inganno il detto suo creditore, e dalla sua insolvenza trarre invece un lucro, formandosi il titolo pel risarcimento dei danni.

In conseguenza, nella presente causa è applicabile l'altro principio che si attinge anche dalle fonti romane: « *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* ». E non occorre a questo punto far cenno delle discrepanti opinioni intorno alla teoria della compensazione delle colpe, dacchè, ritenuto che per semplice errore Neuhaus domandò il fallimento del Tabelli, ne segue che questo fatto posteriore del Neuhaus sta in rapporto con l'inadempienza del Tabelli e con le risposte date da costui, come effetto a causa; per lo che bene i primi giudici hanno conchiuso dicendo, che non avendo Tabelli pagate le cambiali, non sarebbe giusto ritenere responsabile dei danni il suo creditore per l'errore di buona fede in cui incorse, non avendo posto mente che le cambiali, se sono titoli autonomi per terzi, non vanno però distaccate dalla causa fra le parti che diede origine ai titoli.

In altri termini è applicabile pure nella specie la teoria « *causa causae, causa causarum* » perchè il fatto posteriore del creditore fu effetto della inadempienza del debitore, e l'errore nella scelta dell'azione che al creditore competeva non lo rende responsabile dei danni derivatine al debitore.

Pertanto, ritenuta la irresponsabilità del Neuhaus, ne segue anche che debba essere accolto il suo appello incidentale, essendo evidente che le spese della procedura del fallimento fanno parte dei danni risentiti dal Tabelli, dei quali Neuhaus non deve rispondere.

Per questi motivi ecc.

CORTE D' APPELLO DI ROMA

29 dicembre 1906 n. 816

Cardona *Pres.* — Palladini *Est.*

Impresa De Nicolò (avv. *F. Gualdi*) contro Cassa Nazionale Infortuni (avv. *R. D'Andrea*) e Antinozzi (avv. *T. Lesen*).

La regolare tenuta del libro paga anche in confronto dei cottimisti è condizione indispensabile per la validità del contratto di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (1).

Le disposizioni del Regolamento per gli infortuni sul lavoro, relative al libro paga, sono costituzionali (2).

La Corte ecc. — Attesochè la sentenza appellata osserva innanzi tutto, e del resto in cio le parti non dissentono, che essendo avvenuto l'infortunio del Di Resta nel 12 aprile 1904, quando era tuttora in vigore il Regolamento del 25 settembre 1898, questo deve essere applicato nel caso concreto. Ora è bene tener presente nel suo testo l'art. 19 del detto Regolamento che si riferisce specialmente alla controversia.

«Ogni capo o esercente d'imprese, industrie o costruzioni soggette all'obbligo dell'assicurazione deve tenere un libro di paga nel quale sia indicato il nome e cognome di ogni operaio nelle condizioni indicate nell'art. 2 della legge, la speciale occupazione, il salario giornaliero, la data dell'ammissione in servizio e quella del licenziamento.

Il libro dev'essere tenuto in giornata: gli operai che non vi fossero iscritti, e quelli dei quali non fossero segnati i giorni di presenza ed il relativo salario entro tre giorni dall'abituale scadenza (giornaliera, settimanale, quindicinale o mensile) del pagamento dei salari *si riterranno come non compresi nell'assicurazione*, e si applicheranno in tal caso le penalità sancite dall'art. 21 della legge ».

Sulla scorta di questa disposizione, ed in base alle indagini apportate nel libro paga, esibito dalla impresa De Nicolò, il tribunale rilevò la mancata tenuta di esso in giornata, le trascurata indicazione dei giorni di presenza degli operai, il completo difetto della iscrizione delle giornate di lavoro nei mesi di gennaio febbraio e marzo: la omissione in fine della segnatura del relativo salario entro tre giorni dalla scadenza abituale del pagamento delle mercedi; e dopo ciò, muovendo dal concetto che le indicazioni o requisiti richiesti dal sovracitato articolo in rapporto al libro paga sono sostanziali per la validità dell'assicurazione, ritenne che per le cennate irregolarità del libro presentato dalla Ditta De Nicolò il Di Resta debba riputarsi non compreso nell'assicurazione.

Attesochè la Ditta appellante non impugna le irregolarità rilevate dal Tribunale nella tenuta del libro paga, ma sostiene che, ad onta di ciò, la domanda della Cassa non poteva essere accolta;

Senonchè le ragioni addotte in proposito non hanno solida base.

E, per fermo, occorre anzitutto non perdere di vista *la funzione del libro paga* nel contratto di assicurazione per gl'infortuni degli operai sul lavoro. *Il libro-paga*, come la Corte ha riconosciuto anche in qualche altro rincontro, *costituisce il mezzo di controllo per parte dello Istituto assicuratore della esattezza della denuncia dei salari ai quali si commisura il premio di assicurazione, che dev'essere corrispondente a quello dovuto;* in breve, il mezzo per prevenire qualsiasi frode. Non senza fondamento si deduce in proposito dalla Cassa appellante che il premio di assicurazione viene stabilito ad un tanto per cento sull'ammontare complessivo dei salari che l'imprenditore durante il contratto pagherà ai suoi operai, ed il suo ammontare si liquida e concreta o alla fine del contratto o volta per volta alle scadenze trimestrali delle singole rate sulle denunce dei salari effettivamente corrisposti; per cui *l'unica garanzia per lo Istituto assicuratore è quella della regolare tenuta dei libri-paga nei quali soltanto possono trovarsi gli elementi per riscontrare la esattezza di dette denunce dei salari in base ai quali viene a pagarsi il premio.*

(1-2) A parte ogni questione sulla costituzionalità del Regolamento per l'esecuzione della legge sugli infortuni del lavoro, noi manteniamo fermamente l'avviso contrario, manifestato in nota ad altra consimile sentenza della Corte di appello di Roma (in questa Raccolta, 1906, pag. 524), persuasi che una buona volta finirà per trionfare la teorica che è più equa e più conforme alla legge.

Vedi, da ultimo, Pret. Pisa, est. BAUER, in *Riv. infort.* 1907, 432, la quale sentenza opina anche per la costituzionalità della disposizione regolamentare sui libri di paga.

Ed anche giustamente si assevera, che *all'accertamento, cui provvede il libro paga*, specialmente per quanto concerne il numero degli operai ed il salario preciso, *non possono concorrere altri elementi che non siano quelli che si possono desumere dal libro stesso*, perchè il contratto di assicurazione non prescinde per sua natura dal rigore delle forme stabilite dalla legge. Ne è una conferma il patto contenuto nell'art. 9 della polizza di assicurazione relativo appunto ai libri-paga. *Codesti libri, pertanto, nel concetto della legge non costituiscono unicamente un mezzo di prova, ma un elemento sostanziale ed integrante del contratto di assicurazione;*

Attesochè non può cader dubbio che le irregolarità riscontrate nel libro-paga esibito dalla Ditta appellante siano tali da impedire che il medesimo possa servire di efficace controllo pel raggiungimento del fine anzidetto;

Attesochè indarno si obbietta che nel caso in esame non le norme dell'art. 19 del regolamento del 25 settembre 1898 erano applicabili, bensì quelle degli art. 19 e 20, il quale ultimo contempla i lavori dati a cottimo;

Imperocchè, anche a voler concedere che il Di Resta fosse un cottimista, basta leggere le disposizioni dell'art. 20 per convincersi che esse non escludono quelle del precedente art. 19 che riguarda appunto la tenuta dei libri-paga;

Attesochè, *neppure è fondata la eccezione di incostituzionalità del regolamento*, perciocchè dal raffronto dell'articolo 19 di esso con l'art. 21 della legge 17 marzo 1898 *non risulta che con le prescrizioni del regolamento si siano eccetutti i limiti della legge*. Nelle ampie espressioni del citato articolo 21 « *Coloro che non adempiono all'obbligo dell'assicurazione.......... ovvero danno motivo alla risoluzione del contratto* », non può non rientrare la inosservanza delle regole circa la tenuta dei libri-paga, i quali, nella economia della legge, per quello che si è detto, hanno tanta importanza nel contratto di che trattasi;

Attesochè, per le considerazioni testè fatte, non è il caso di ordinare i mezzi istruttorii invocati dalla Ditta De Nicolò, perchè irrilevanti;

Per questi motivi, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

21 marzo 1907 n. 131

Cardona *Pres.* — Manferoce *Est.*

Serafini (avv. *A. Minù*) contro Mattias (avv. *G. Rinaldini*).

Il fatto di aver locato un proprio fondo ad altri, ignorando o dimenticando che il contratto con l'attuale affittuario non è scaduto e deve durare ancora qualche tempo, non è idoneo a dar luogo, in vista di tale errore, alla risoluzione del nuovo affitto a termine degli articoli 1110 *e* 1119 *cod. civile* (1).

La Corte, ecc. — Angelo Mattias, con atto del 19 luglio 1906, convenne innanzi al Tribunale di Velletri Serafini Nicola e sostenne che egli nella qualità di esattore dei beni degli eredi Narducci gli locò in Terracina contrada Batteria un locale di proprietà di essi

Narducci, per la durata di nove anni a datare dal 1. gennaio 1907 e per l'annua corrisposta di lire 480, ricevendo dal conduttore la corrisposta anticipata del 1.o anno fin dal 20 marzo 1906, nel qual giorno ebbe luogo il contratto: che però, quando nel 30 giugno successivo incaricò l'ufficiale giudiziario presso la Pretura di Terracina di notificare legale disdetta al precedente affittuario Percoco Domenico, perchè lasciasse libero lo stabile al 31 dicembre 1906, ebbe risposta che tale diffida era di nessuno effetto, stantechè l'affitto stipulato col Percoco doveva durare per patto fino al 31 dicembre 1912: che accortosi dell'errore in cui era incorso col Serafini, lo chiamò, gli diede conto dell'errore, lo invitò a rescindere il contratto di accordo, gli offrì una cosa migliore per minor prezzo, ma inu-

---

(1) Siamo lieti di pubblicare questa bella sentenza del Consigliere Manferoce, una di più aggiunta a molte altre sue, in cui i sani e veri dettami del diritto non sono offuscati, come troppo spesso accade, da falsi ed erronei concetti di equità, sempre incerta e soggettiva. Ma, si capisce, la equità è cosa che si sente e purtroppo da ognuno a modo suo; il diritto invece bisogna studiarlo e saperlo: due cose che, davvero, non riescono a tutti.

In materia di errore si possono consultare utilmente la pregevole opera del prof. FUBINI, *La dottrina dell'errore nel diritto civile italiano*, Torino 1902, con una ricca bibliografia; la monografia di CORTE-ENNA, *Le conseguenze dell'errore nella formazione dei contratti*, in *Filangieri* 1904, n. 4; e GIORGI, *Obbligazioni*, vol. IV, n. 49-55.

tilmente, ed inutilmente propose all'affittuario Percoco un cambiamento di casa a migliori condizioni: che finalmente con atto dell'11 luglio 1906 offrì al Serafini la restituzione delle lire 480 sborsate, vi aggiunse gl'interessi dal giorno dell'avvenuta esazione, oltre una somma per spese impreviste, si offrì pronto a qualunque supplemento pur d'ottenere la risoluzione del contratto, ma tutto fu inutile perchè il Serafini non volle rispondere neppure una parola all'ufficiale giudiziario. Tutto ciò premesso, chiese che fosse dichiarato nullo per errore sostanziale il contratto di locazione della casa Batteria stipulato col convenuto e conseguentemente valida l'offerta reale suddetta, ordinandosi il deposito della somma a tutto rischio e pericolo del Serafini, liberando lo istante da ogni altro vincolo e patto, e con la condanna del convenuto alle spese, munendosi la emananda sentenza di clausola.

Contestatasi la lite, l'attore insistè nella domanda e subordinatamente chiese di essere ammesso a provare con testimoni ch'egli credette sempre fermamente che il contratto di locazione stipulato con Domenico Percoco cessasse il 31 dicembre 1906: che fu avvertito dell'errore dall'Ufficiale Giudiziario Crestini nel 30 giugno 1906: che allora fece pratiche immediate per lo scioglimento del primo e del secondo contratto, offrendo altre abitazioni migliori a prezzi assai ridotti, ed altre facilitazioni, ma tutto inutilmente: che a Terracina tutti si convinsero dell'errore in cui il Mattias era caduto e che egli è incapace di qualsiasi profitto, essendo persona degna di ogni stima.

Il convenuto chiese in via principale il rigetto della domanda impugnando l'esistenza dell'allegato errore, smentito dal carteggio relativo alle trattative che precedettero la conclusione del contratto e perciò il contratto col Percoco fu messo in essere dall'attore con artifizio per non eseguire l'altro conchiuso con lui: che, ove l'errore fosse esistito, non poteva produrre la nullità del suo contratto, non cadendo sopra la sostanza della cosa che ne forma l'oggetto. In via subordinata, poi ove il Tribunale avesse ritenuta la nullità del contratto, essendo il Mattias in colpa, chiese in via riconvenzionale la condanna di lui a' danni nella somma di lire 20 mila od in quella minore a giudizio del Tribunale. Ed in via più subordinata, ove non fosse ritenuta giustificata pienamente la prova dei danni, ammetterlo a provare con testimoni l'entità del suo commercio esercito a Roma, lo scopo per cui prese in affitto proprio la casa alla Batteria e non altre esistenti in Terracina e l'ammontare approssimativo dei danni.

Il Tribunale, con sentenza del 10-11 settembre 1906, testualmente così considerò « che sia anzitutto necessario ammettere la prova testimoniale, invocata dal Mattias allo scopo di dimostrare il fondamento della sua domanda, essendo i fatti articolati pertinenti alla causa ed influenti alla sua decisione », e perciò, sospesa ogni pronunzia sul merito e sulle spese, ammise il Mattias a provare con testimoni i fatti come sopra dedotti.

Dalla detta sentenza con atto del 25 ottobre 1906 s'appellò il Serafini e ne chiese la revoca perchè lesiva de' suoi diritti, dovendosi accogliere invece le sue dimande spiegate in prime cure.

La Corte considera, *in diritto*, che manifestamente fondato è il presente gravame. Infatti i primi giudici, prima di ammettere il Mattias a provare i fatti dedotti a sostegno della sua domanda doveano esaminarli e conoscere se essi costituivano o meno l'errore sulla sostanza della cosa che formò oggetto del contratto, e del quale si chiese la dichiarazione di nullità per vizio del consenso a mente dell'articolo 1110 alinea Codice Civile. Or in proposito basta tenere presenti i fatti suddetti, che cioè il Mattias credette sempre che il contratto stipulato col Percoco scadesse il 31 dicembre 1906; che fu avvertito dell'errore dallo ufficiale giudiziario incaricato di eseguire l'atto di congedo; che si adoperò per lo scioglimento del primo e del secondo contratto; che a Terracina tutti si convinsero del suo errore, essendo egli persona incapace di qualsiasi profitto e degno di ogni stima, per conchiudere subito che, anche ammessi i detti fatti, essi non possono costituire l'errore sulla sostanza della cosa, onde *frustra probatur quod probatum non relevat*. E' risaputo invero che, per quanto possa ritenersi subbiettivo il criterio caratteristico della sostanza relativamente cioè al modo col quale viene considerato l'oggetto della convenzione dal contraente che si è ingannato, nondimeno deve trattarsi sempre di errore sulla cosa, sulla sua natura fisica cioè, sulla sua origine o derivazione, sulla forma, od anche su qualità secondarie divenute principali e sostan-

ziali per la volontà de' contraenti, o, come con una formola compressiva disse il Pothier, sulla cui dottrina i successivi codici s'ispirarono, di errore sulla qualità della cosa, che i contraenti hanno avuto principalmente in mira e che ne forma la sostanza. Si spiega così l'invocata frase del Bigot-Préameneu, che esponendo i motivi del corrispondente articolo del codice Francese scrisse « dovere il giudice restar convinto che la parte non si sarebbe obbligata se non fosse stata in errore ». E più rispondente ai mentovati principî non poteva essere il nostro legislatore con la dizione usata nel mentovato art. 1110, che cioè « l'errore di fatto non produce la nullità del contratto se non quando cade sulla *sostanza della cosa che ne forma l'oggetto* ». In breve adunque la sostanza della cosa potrà essere variamente intesa, a seconda de' svariati casi in cui gli elementi di essa saranno stati considerati dalle parti contraenti, ma debbono riferirsi sempre alla cosa, oggetto del contratto e non a fatti che con essa non hanno attinenza di sorta. E poichè, nella specie, non è controverso che le parti convennero la locazione della casa in Terracina, contrada Batteria, di proprietà degli eredi Narducci, dei quali è amministratore il Mattias, l'errore allegato da quest'ultimo, che si riassume nel fatto cioè che non si sarebbe determinato a locarla ove avesse ricordato che ancora durava la locazione col precedente conduttore Percoco, non si riferisce alla sostanza della cosa, ma ai motivi che indussero il Mattias a quel contratto; ed è noto che i motivi allora solo possono essere causa di nullità, quando sono apposti come condizione. E non è a confondersi, poi, il motivo, posto in essere dal Mattias, con la causa, o motivo giuridico, per cui taluno si obliga contrattando. La mancanza e l'errore su quest'ultimo (che nei contratti onerosi si riduce sempre ad un corrispettivo patrimoniale) conduce alla nullità dell'obbligazione (articolo 1119 Codice Civile), non così il primo, che, restando sempre come movente individuale (vario ed esternamente non riconoscibile), che spinge taluno a contrattare, non costituisce la *causa debendi*, il *cur se obbligavit*, ma il *cur contraxit*, la causa cioè del contratto, e non la causa dell'obbligazione contrattuale.

Che, detto ciò, dovendosi respingere la dimanda del Mattias, ogni altra indagine sulla riconvenzionale proposta dal Serafini è vietata, essendosi la detta riconvenzionale subordinata al caso che fosse stata dichiarata la nullità del contratto.

Per questi motivi, ecc.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

15 febbraio 1907 n. 190

Petracca *Pres.* — Sirolli *Est.*

Tavani (avv. *A. Nataletti* e *G. Manna*) contro Tavani (avv. *A. Clementi, V. Positano, F. Pavone*).

Una scrittura, tuttochè contenga delle imperfezioni, può ritenersi testamento olografo, ove apparisca completa la manifestazione della volontà di testare (1).

La disposizione testamentaria, secondo cui a taluno è lasciato tuttociò che il testatore aveva, tranne qualche legato, attribuisce a costui la qualità di erede (2).

Se taluno si è attribuita nel libello introduttivo del giudizio di petizione di eredità la veste di legatario, ciò non toglie che il magistrato possa decidendo nella causa rettificar l'errore e dichiararlo erede (3).

(1-5) Importantissima sentenza, se ne togli qualche ripetizione di concetti, dovuta certamente all'affrettato lavoro, un vero facchinaggio, cui debbono soggiacere parecchi magistrati del Tribunale di Roma, ai quali il tempo interdice l'opera della lima.

— (1) E' insegnamento pacifico, come è pur quello della validità del testamento olografo scritto col lapis, col sangue, col carbone, sul legno, sul ferro e fin sul muro, su fogli contenenti altri scritti, in lettere famigliari, vi siano o non siano abrasioni, spazi in bianco, interlinee (Cfr. FILOMUSI, *Success. testam.* in *Digesto italiano*, n. 182; LOSANA, *Success. testam.*, pag. 94; VITALI, *Testam ologr.*, pagina 74; TOUILLIER, III, n. 359; TROPLONG, III, n. 1471; ARCIERI, *Studi*, IV, pag. 190; PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, III, n. 9, ecc.

— (2) Cfr. AUBRY et RAU, VII, pag. 465-466; BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, *Des donat. et test.*, II, n. 2288; LOSANA, *Succ. test.*, pag. 9; VITALI, *Success.*, II, 1371; Cass. Torino 6 marzo 1891 e 24 novembre 1906, *Giur. tor.* 1891, 302, e 1907, 63; Cassaz. Roma 28 giugno 1904, *Foro ital.* 1904, 1, 1041, e 14 maggio 1903, *Riv. univ.* 1903, 1, 561.

La disposizione testamentaria « lascio a Tizio tutto quello che si troverà in casa, la mobilia, la biancheria ed altri valori » può bene intendersi nel senso che cotesti altri valori non siano soltanto quelli conservati nella casa del defunto, ma anche quelli esistenti altrove (4).

E' perfettamente ammissibile il concorso dell'istituzione di erede e della costituzione di legato a favore della stessa persona (5).

Il Tribunale, ecc. — Osserva, sulla prima eccezione dei convenuti Tavani concernente il deposito del documento originale contenente le disposizioni testamentarie del Giovanni Battista Tavani, che, poichè tale deposito è avvenuto in seguito ad una seconda ordinanza presidenziale, pronunziata nell'accordo delle parti, il Tribunale ha potuto osservare il documento in parola e l'ha esaminato con la necessaria diligenza ed accuratezza.

Osserva poi il Tribunale sul primo motivo di nullità contro il testamento suddetto dedotto dai convenuti Tavani, Ranzi e Positano, che il documento originale, esaminato come sopra, non può essere ritenuto, quali essi convenuti l'hanno giudicato, cioè uno scritto amorfo ed un foglio informe, che per le sue lacune, per i periodi non ultimati, le correzioni e le cancellature non possa essere qualificato per testamento. Il documento del quale si tratta contiene innanzi tutto la qualifica dell'atto che si intendeva compiere dal G. B. Tavani; esso infatti comincia con le parole: *Il mio testamento*, ciò che fa ritenere non essere stata intenzione del Tavani scrivere dei semplici appunti, perchè per far ciò non era necessario se non segnare il contenuto sostanziale dell'atto da compiere e non scrivere tutte le indicazioni che servir dovevano unicamente per il testamento da leggersi.

Così parimenti il Tavani ha apposto la data « 30 novembre 1895 » e due volte la firma prima d'incominciare il testamento, le quali parti del testamento, sia pure superfluamente apposte in principio, dimostrano ancora meglio la intenzione del Tavani di comprendere in quel foglio il suo testamento. E' ben vero che dopo l'espressione «prima per l'anima mia » non seguono disposizioni di sorta che a tale capo del testamento avrebbero dovuto corrispondere; ed è pur vero che nell'indicare i legati, consistenti in libretti della Cassa di Risparmio al Filippo Tavani ed agli altri parenti, il disponente lasciò in bianco la parte che avrebbe dovuto servire ad individualizzare i legati; è vero infine che nella prima pagina si osservano due linee e mezzo cassate e nella seconda pagina, dopo la cancellatura di alcune parole, si osserva la cancellatura di tre linee e di un terzo circa della quarta linea, oltre la sovrapposizione delle parole « defunto il 24-2-96 », ma tutto ciò non può far indurre che il testatore non avesse voluto far valere il ripetuto documento come suo testamento nelle altre parti nelle quali i requisiti tutti del testamento olografo si riscontrano chiari ed integri. E tali parti sono: 1. La prima disposizione in favore di Anna Maria Tavani maritata a Scaramella Ascenso; 2. Il legato in cosa certa e determinata, a favore di quest'ultimo; 3. L'altro legato, parimenti in cosa certa e determinata, a favore delle nipoti Zarlatti.

A tali disposizioni scritte, come le altre, di pugno del testatore, seguono la firma e la data medesima apposta in principio dell'atto e, nella pagina seguente, nuovamente la fir-

— (3) E' naturale, dal momento che persino le espressioni adoperate dal testatore non attribuiscono al chiamato all'eredità che quella qualità che scaturisce dalla natura ed indole della disposizione che prende norma e regola dai principii e non dalle parole usate dal testatore (A. Cagliari 26 novembre 1903, *Giur. sar.* 1903, 36).

Proceduralmente, poi, ogni errore di citazione può correggersi nel corso del giudizio (MORTARA, *Commentario*, III, pag. 561).

— (4) In casi di questo genere è preponderante il criterio del magistrato. La legge non traccia une una norma direttiva negli articoli 421 e 424 del Codice civile. Cfr. in argomento A. Cagliari, *Giorn. notai*, 1900, 427; A. Brescia 30 dicembre 1889, *Giur. ital.*, 1890, 2, 287; Cass. Roma 21 dicembre 1903, in *Rolandino* 1904, 59.

— (5) Il BUNIVA afferma pur ciò, ma nel solo caso che il testatore abbia nominati più eredi. Difatti, egli dice (*Delle success.*, n. 295), onde siavi un legato efficace è mestieri che vi sia una persona onerata dalla sua prestazione, e questo non potrebbe avvenire nel caso di erede unico, giacchè esso sarebbe incaricato della prestazione del legato, che dovrebbe a sè stesso, il che non è possibile perchè niuno può essere debitore di sè medesimo. Il BUNIVA cita anche al riguardo un passo del giureconsulto Florentino, di cui è la massima: *Haeredi a semetipso legatum dari non potest, a te coherede potest.* (Dig., XXX, leg. 116, 1).

ma del testatore, tutte egualmente di carattere di quest'ultimo.

Dimodochè non manca alcuna cosa che è prescritta come essenziale dalla legge per la validità del testamento olografo (art. 775,804 del cod. civ.). Le lacune quindi, come meglio sarà esaminato e riconosciuto in seguito, potranno invalidare le singole disposizioni alle quali esse si riferiscono, inquantochè queste mancano delle indicazioni necessarie a render complete e certe le disposizioni medesime, ma non possono in alcun modo rendere nullo lo intero testamento anche nelle parti nelle quali questo dev'essere riconosciuto valido per la constatata esistenza di tutti i requisiti formali e sostanziali.

Le cancellature e le correzioni poi non possono invalidare il testamento, perchè la legge non le vieta. Esse del resto sono la prova di una volontà che è il frutto di un proposito elaborato e che perciò ha il maggiore valore che deve riconoscersi a tutto quello che non è effetto dell'impulso del momento e della determinazione che consegue ad un superficiale esame dei motivi dell'azione, ma che discende da una meditata elezione di una cosa piuttosto che di un'altra e che è da ravvisare quindi come la risoluzione definitiva migliore che si è creduto adottare.

Nè oltre le lacune, cancellature e correzioni suddette, si può riscontrare nel documento esaminato quant'altro ha creduto di rilevare la difesa dei convenuti eccepenti e che dovrebbe far credere, secondo la difesa medesima, ad un abbozzo o ad un disegno imperfetto anzichè ad una seria manifestazione della suprema volontà del defunto.

Non vi è infatti nel documento suddetto quanto possa indurre la convinzione nel detto senso, perchè il Tribunale, eccettuate le cose già ritenute, non ha rinvenuto nella scrittura il disordine, la sconcezza, e l'aspetto sudicio e confuso dei quali si è voluto parlare dalla difesa suddetta.

Sul secondo motivo di nullità del testamento in discussione, relativo allo errore ed alla falsità della data del testamento medesimo, il Tribunale osserva che il collegio non può ritenere il dedotto anacronismo tra la data del testamento ed una parte del contenuto di quest'ultimo.

L'anacronismo suddetto si vuol desumerlo innanzi tutto dalla sopra ricordata data apposta nel testamento (30 novembre 1895), dalle espressioni che i periti calligrafi hanno potuto leggere, ma che il Tribunale non ha potuto rilevare, al disotto delle cancellature della prima pagina del testamento: «Ercole Ranzi mio cognato, vedovo della fu Elisabetta «Tavani lasciò tre obbligazioni da lui accet«tate da restituirsi senza alcuna osservazio«ne per compenso di tanti servizi resimi » ed infine dal fatto delle date delle dette obbligazioni, posteriori a quella del testamento.

Si assume, pertanto, che avendo le obbligazioni suddette varie date, tutte posteriori a quella del testamento, non poterono per ragione cronologica essere oggetto della disposizione testamentaria anteriore alla loro creazione. Ma un tale ragionamento è viziato da un'evidente petizione di principio, perchè ammette come dimostrato che le tre obbligazioni delle quali fu parola nel testamento del Giovanni Battista Tavani sono quelle portanti la data 1 novembre 1896, 1 decembre 1896 e 1 febbraio 1897 indicate dalla difesa dei convenuti e che si rilevano dai fac-simili fotografici prodotti (reg. a Roma li 4 gennaio 1907 al reg. 268, n. 17280, 17281, 17282 Ser. 3.).

Ma tutto ciò è tutt'altro che dimostrato e non è dimostrabile dalla prova testimoniale proposta. Non è dimostrato perchè la disposizione testamentaria annullata, che si riferisce alla parte del testamento che concerne l'avv. Ercole Ranzi, non contiene l'indicazione delle date delle obbligazioni e quindi fino a quando non sarà dimostrato che si tratta delle tre obbligazioni specificate dalla difesa dei convenuti, è forza presumere e ritenere che quelle di cui alla disposizione testamentaria siano obbligazioni di data anteriore alla data del testamento e quindi diverse da quelle che la difesa dei convenuti vorrebbe far ritenere che il testatore abbia tenute presenti quando scrisse la relativa disposizione surricordata.

Nè l'assunto della ripetuta difesa è poi dimostrabile con la prova testimoniale proposta, perchè, anche ammesso come vero tutto il contenuto della prova medesima, si potrà con questo ritenere assodato che alla morte del Giovanni Battista Tavani quest'ultimo era creditore dell'avv. Ercole Ranzi delle varie somme segnate nelle tre obbligazioni sopraricordate posteriori al testamento e che queste vennero restituite al Ranzi, eseguendosi o credendosi di eseguire in tal modo la volontà del defunto comunque manifestata e cer-

cando altrimenti di far cosa grata ed utile all'avv. Ranzi per vedute speciali di chi quella restituzione compiva, ma non si potrà arrivare all'illazione, invero eccessiva, che le dette tre obbligazioni siano senz'altro quelle appunto delle quali volle tenere parola il disponente quando scrisse la parte del testamento che poi annullò con la cancellatura.

Per venire alla conclusione della identità suddetta, si dovrebbe dimostrare che le obbligazioni che diconsi restituite all'avv. Ranzi, aventi le date posteriori a quella del testamento, furono le sole rilasciate dal sig. Ranzi al Tavani, ma tale dimostrazione nè si è fatta, nè si è chiesto di essere ammessi a fare.

Inoltre, i convenuti eccepenti hanno prodotto non le obbligazioni originali, ma le riproduzioni fotografiche di esse. Ora ciò involge un dubbio non lieve circa la sincerità della dimostrazione che si intende di fare ed in ispecie circa le possibili annotazioni in altra parte dei fogli contenenti le obbligazioni suddette, dalle quali annotazioni potrebbero forse rilevarsi concetti che contraddicono l'assunto dei convenuti, come, ad esempio, di rinnovi e di aumenti di precedenti obbligazioni già esistenti alla data del testamento. A nulla monta poi che delle obbligazioni delle quali parlano i convenuti sia stata trovata indicazione negli appunti autografi trovati fra le carte del testatore, giacchè ciò non può menare ad altro accertamento se non a quello dell'esistenza delle obbligazioni medesime.

Va anche osservato che fra le ipotesi, che è dato di fare, sta anche quella che il Tavani abbia restituito al Ranzi le tre obbligazioni delle quali aveva fatto parola nel testamento e che perciò egli abbia cancellata la disposizione concernente il legato relativo; che in seguito il Ranzi si sia per altri prestiti nuovamente obbligato verso il Tavani con le tre distinte obbligazioni che sono quelle che diconsi restituite dallo Scaramella Ascenso e dal Filippo Tavani.

Insomma, va considerato che basta la possibilità logica di ciò che risulta dal testamento in relazione alla data di quest'ultimo per non ritenere ammissibile quanto si asserisce in contrario in base ad una affermazione che contrasta con la logica perchè in opposizione allo svolgimento cronologico dei fatti.

Per quanto riguarda l'altro punto nel quale si fonda l'eccezione concernente il preteso anacronismo, e cioè l'enunciazione della morte di Gioacchino Tavani, fratello del testatore, avvenuta il 24 febbraio 1896, e quindi in data posteriore al testamento che quella enunciazione contiene, il Collegio osserva che neppure in tal punto esiste contraddizione con la data del testamento. Infatti, l'enunciazione della morte suddetta fu fatta dopo l'apposizione della data e della firma del testatore; e si comprende bene che ciò che fu scritto dopo la data suddetta dovesse essere necessariamente di data coeva o posteriore a quella del testamento. Nessun anacronismo quindi neppure sull'altro punto sopra esposto e perciò nessun errore e nessuna falsità della data, dalla quale avrebbe potuto derivare la dedotta nullità.

Per tutte le ragioni suesposte quindi è d'uopo conchiudere non possa dichiararsi la nullità del testamento del quale si disputa, avendo esso tutti i requisiti prescritti dalla legge per la validità del testamento olografo. Però non tutte le disposizioni in detto testamento contenute possono essere riconosciute valide, imperocchè le quattro disposizioni a titolo particolare concernenti i legati a Filippo ed Anna Maria Tavani, ai cinque figli di Giuseppe Tavani ed ai figli di Elisabetta Tavani in Ranzi sono evidentemente nulle, mancando le sufficienti indicazioni della cosa che avrebbe dovuto essere specificata nel suo contenuto e nei suoi principali attributi allo scopo di identificare i singoli legati, distinguendo ed accertando così i singoli diritti di ciascun legatario. Infatti: per ognuna delle cennate disposizioni è detto soltanto che si lascia un libretto alla Cassa di Risparmio di Roma: si è poi fatto rimanere in bianco lo spazio destinato alla indicazione dell'intestazione, del numero e della serie del libretto, indicazione che era appunto quella necessaria per conoscere quale libretto dovesse essere attribuito a ciascuno dei legatari.

Se si ammettesse la possibilità di detti legati, si dovrebbe ritenere che il testatore avesse lasciato all'erede l'arbitrio dell'attribuzione di ciascun libretto a ciascun legatario; ma ciò sarebbe disposizione egualmente nulla perchè, secondo il dettato di Modestino contenuto nella legge 52 del Digesto e riprodotto nella disposizione dell'art. 835 del Cod. Civ., *in alienam voluntatem conferri legatum non potest.*

E' da ritenere adunque nella specie che il testatore abbia voluto far rimanere nel nulla le suddette parti del testamento per le quali era

mestieri aggiungere le indicazioni indispensabili a manifestare efficacemente la volontà del disponente, indicazioni che questi non volle aggiungere perchè un più maturo proposito gli fece disvolere quello che prima aveva creduto di disporre.

Resta la disamina delle altre disposizioni che il tribunale ritiene valide.

Nessuna contestazione esiste per i legati all'Ascenso Scaramella ed alle sorelle Zarlatti, cosicchè non può esservi alcun ostacolo ad attribuire ai predetti quanto loro spetta in conformità del ricordato testamento.

La disposizione invece che rimane come unico oggetto dell'ulteriore esame del tribunale, dopo le già risolute questioni concernenti la validità del testamento, è quella esposta per prima nel testamento medesimo e che concerne la sorella del testatore, Anna Maria Tavani.

In tale esame il Collegio dovrà comprendere la domanda di quest'ultima la quale ha chiesto che le venga riconosciuta ed attribuita la qualità di erede del Giovanni Battista Tavani e venga in conseguenza ordinato il rilascio in suo favore di tutto il compendio ereditario, ed inoltre dovrà comprendere le eccezioni sollevate contro siffatte domande dalla difesa dei convenuti Tavani e Ranzi, che ne vorrebbero limitato l'accoglimento e che domandano la dichiarazione della successione intestata del Tavani per la parte che non dovrebbesi attribuire alla attrice suddetta. Ora l'esame della detta disposizione, messa in relazione alle altre parti del testamento, ha indotto nel Collegio la convinzione che il Giovanni Battista Tavani abbia voluto con la disposizione medesima istituire erede la sorella Anna Maria. Scrisse innanzi tutto il Tavani che voleva disporre del poco che si sarebbe trovato dopo la sua morte. E' agevole dedurre da tali espressioni che il Tavani manifestò la volontà di regolare completamente col testamento la sua successione, impedendo così che parte di questo potesse rimanere non compresa nelle disposizioni testamentarie.

Quindi, poichè tale intenzione è chiara e (per la massima di Paolo, accettata dal nostro legislatore e costantemente seguita) « in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur », si deve concludere che le disposizioni valide del testamento suddetto debbono essere intese nel senso che tutto quanto concerne la successione del Tavani è stato compreso nelle disposizioni suddette, avendo il testatore esplicitamente voluto con questa ultima regolare esaurientemente la successione sua.

Segue immediatamente a tale manifestazione di volontà la disposizione in favore dell'Anna Maria Tavani così concepita: « Lascio pa« drona mia sorella Anna Maria di tutto quello « che si troverà in casa, tutto il mobilio di tut« ta la casa, la biancheria, l'argenteria ed altri « valori ». In tali espressioni si contiene evidentemente la istituzione di erede, imperocchè quello, che fin dall'epoca del testamento il Tavani possedeva, consisteva soltanto nell'immobile ad uso bottega, in via Testa Spaccata, legato allo Scaramella, nei mobili esistenti nella casa di abitazione e nei valori in danaro, in crediti, in cartelle ed in libretti della Cassa di Risparmio di Roma, oltre gli effetti di non rilevante valore nel piccolo negozio di pannine in via dei Crescenzi. Quindi lasciando padrona la sorella Anna Maria di tutto ciò che formava il mobilio che si sarebbe trovato nella casa di comune abitazione, ed in ispecie della biancheria ed argenteria e lasciandola inoltre padrona degli altri valori, il Tavani dispose di tutto quello che egli aveva in favore della sorella suddetta, eccettuandone soltanto ciò che volle lasciare per legato. Ora le disposizioni testamentarie che comprendono l'universalità od una quota dei beni del testatore sono a titolo universale ed attribuiscono la qualità di erede (articolo 760 del codice civile).

Pertanto non può parer dubbio che l'erede del Tavani sia la sorella Anna Maria. In tale concetto confermano le altre disposizioni che, sebbene non valide per l'indeterminatezza del contenuto, sono però efficaci a dimostrare che la volontà del testatore fu quella appunto di istituire sua erede la sorella.

Infatti: il disponente dopo aver dichiarato, come si è visto, di voler disporre di quello che si sarebbe trovato dopo la sua morte e dopo aver realmente disposto di ciò che costituiva l'universalità dei suoi beni, espose le disposizioni a titolo particolare, il contenuto delle quali completava tutto il patrimonio ereditario di lui. Quest'ultimo, invero, non può ricostruirsi altrimenti, se non con le varie disposizioni del testamento, data la dimostrata intenzione del testatore di non lasciar nulla fuori del testamento, cioè di non regolato dalla sua suprema volontà. Orbene, se per quanto si è detto, non può esservi dubbio che, escluse le cose da eccettuarsi cioè i legati validi allo Scaramella ed alle Zarlatti, il resto rientra nel-

l'« universum ius defuncti », questo apparterrà certamente all'Anna Maria Tavani che in esso venne chiamata a succedere. Mena alla stessa interpretazione e risoluzione un'altra argomentazione tratta da un'antica regola di diritto, ognora vigente, in materia di diritto successorio, per la quale anche colui che è istituito in una cosa determinata, raccoglie tutto, se non vi fu l'istituzione di un coerede: « qui certae rei heres instituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet » (Papiniano L. 41, parag. 8 Digesto. *De vulgari et pupillari substitutione*).

Per la qual cosa, anche quando si potesse ritenere non chiara l'espressione di: « *altri valori* » usata dal testatore nel disporre a favore della sorella, basterebbe, a togliere ogni dubbio, il principio sopra ricordato pel quale è certo che, non essendosi dal Tavani chiamato altri a succedergli ed essendosi da lui voluto completamente disporre per testamento, escludendo così anche in parte la sua successione legittima, si deve riconoscere come erede l'unica istituita nella massima parte dei beni del defunto, cioè la sorella Anna Maria.

Nè potrebbesi osservare con ragione che il principio surricordato, sorto sotto l'impero del diritto romano, ove era affermato da Pomponio nella legge 7 Digesto de regulis juris: « ius nostrum non patitur eumdem in paganis, et testato et intestato decessisse » non possa per le leggi civili vigenti trovare applicazione alcuna, imperocchè va considerato che, nella ispecie, come si è più volte ricordato, il testatore volle assolutamente esclusa la parziale successione legittima ed intese invece di fare esplicare la sua successione nell'ambito delle cose da lui espresse, le quali pertanto vanno interpretate secondo i principii e le regole che disciplinano unicamente la successione testamentaria: ed in tali limiti ristretto il campo dell'interpretazione, il principio sopra ricordato è pienamente applicabile.

Senonchè, contro tal modo di intendere la disposizione sopra esaminata si oppongono dalla difesa dei convenuti varie eccezioni ed argomentazioni le quali meritano di essere esaminate partitamente.

Innanzi tutto la difesa suddetta eccepisce le stesse espressioni usate nel libello introduttivo del giudizio, ove fu detto ad istanza dell'Anna Maria Tavani che questa chiedeva la consegna del legato e non già che la si riconoscesse erede del defunto; inoltre eccepisce le parole usate nella denuncia di successione, ove fu detto che questa era devoluta in forza di legge e del testamento olografo depositato il 27 settembre 1904 negli atti del notaro Buratti. Una tale eccezione non regge, imperocchè è consentito alle parti, nel corso del giudizio e nelle conclusioni, di chiarire e rettificare quanto venne erroneamente definito, qualificato o affermato nel libello introduttivo del giudizio. Tenendo presente il primo atto di citazione ad istanza degli attori, si trova che l'Anna Maria Tavani chiese in sostanza tutto quello che forma il compendio ereditario del Giovanni Battista Tavani, meno i legati per i quali vi fu domanda distinta dello Scaramella e delle Zarlatti; e ciò importa ritenersi erede dell'autore della successione. Ora tale domanda, che si è mantenuta integra nel corso del giudizio e nelle conclusioni, fu inesattamente detta dipendente da legato, mentre doveva evidentemente ritenersi effetto della qualità di erede nell'Anna Maria Tavani. Quest'ultima non poteva avere una coscienza ed una volontà diversa dalla qualità o dall'affermazione di erede, dato il contenuto sostanziale della sua domanda. Il quale concetto si fa meglio manifesto nella locuzione adoperata nella denunzia di successione presentata dall'Anna Maria Tavani, della quale è stata prodotta la copia dalla stessa difesa dei convenuti eccepenti. La denunzia suddetta dimostra per sè medesima che l'Anna Maria Tavani si è ritenuta erede di suo fratello Giovanni Battista, imperocchè il legatario per chiedere all'erede la consegna del legato non ha bisogno di denunziare la successione, non avendo l'obbligo di pagare la relativa tassa che è, di regola, a carico dell'erede (art. 877 Cod. Civ.). Inoltre in detta denunzia fu specificato che l'Anna Maria faceva la denunzia della successione come erede legataria. Salvo ad esaminare in seguito l'esattezza giuridica di tale espressione quando si tratterà del legato dell'Anna Maria Tavani, per ora può ritenersi che la dizione suddetta dimostra come il concetto della qualità di erede nell'Anna Maria Tavani sia sorto fin dal principio e sia rimasto costante nell'animo di quest'ultima, nonostante qualche espressione incompleta ed erronea usata da chi compilò la denunzia di successione, ove, in altro punto, la predetta Anna Maria fu chiamata legataria e dove si disse altresì che l'eredità era devoluta in forza di legge e di testamento: la quale ultima espres-

sione del resto potrebbe avere anche il significato d'indicare che sia per legge, sia per testamento, l'erede del Giovanni Battista Tavani era la sorella Anna Maria. Ad ogni modo non si potrebbe alle parole contenute in una denunzia di successione, le quali hanno un valore meramente indicativo, attribuire una portata tale da distruggere o da atterrare il diritto ereditario dell'istante da questa validamente affermato in giudizio e scaturiente dalla sopraesposta interpretazione del testamento.

Ma la principale eccezione dei convenuti, che concerne propriamente la limitazione della disposizione testamentaria a favore della Anna Maria Tavani, è quella che si riferisce alla interpretazione delle parole usate dal testatore « *ed altri valori* », dopo aver detto che lasciava l'Anna Maria padrona di tutto quello che si sarebbe trovato in casa. Sostengono i convenuti che l'espressione « *ed altri valori* » debba essere collegata con le parole che precedono e che hanno riferimento alla casa suddetta, per modo che si debba intendere che il testatore volle legare alla sorella Anna Maria, insieme ai mobili ed altri oggetti, anche i valori contenuti in quella casa, rimanendo così esclusi tutti i valori che fossero contenuti altrove e specialmente nel negozio in via dei Crescenzi.

Tale eccezione non può essere attesa, innanzi tutto per i motivi già esposti a sostegno dell'interpretazione adottata dal Tribunale, e non può essere attesa neppure per gli argomenti che resistono a quelli addotti dagli eccepenti. E pria di ogni altro va osservato che non può avere nella specie un notevole valore la disposizione di cui all'art. 424 cod. civ., dappoichè non si può andare a ricercare nella mente del Giovanni Battista Tavani una tale conoscenza della legge da saper tener conto dell'espressione usata nel testamento: « *casa con tutto quello che vi si trova* » secondo la estensione e la portata che alla detta espressione si attribuisce dal ricordato articolo 424. Il Giovanni Battista Tavani apparisce dal testamento come un ignorante perfino delle elementari regole grammaticali e non è supponibile che avendo ignorate queste ultime abbia poi conosciuto la regola di non comune cognizione contenuta nelle disposizioni dell'articolo medesimo. Del resto si sa che i testatori parlano per lo più abusivamente, non facendo essi uso della proprietà dei nomi e dei vocaboli: « Non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur (Marcello, L. 69 par. 1. Dig. de legatis III) ».

Tenuto conto quindi della capacità intellettuale del detto testatore, della deficiente sua coltura e della forma non propria nè completamente ordinata da lui usata nel testamento in questione, deve invece ritenersi che l'espressione, sulla quale si disputa, si sia voluta usare distintamente dalle espressioni che la precedono e cioè nel senso di valori ovunque esistenti.

Nè a tale interpretazione può fare ostacolo il legato del libretto della Cassa di Risparmio di Roma a favore della stessa erede Anna Maria Tavani, dal quale legato la difesa dei convenuti ha tratto un altro argomento a fondamento della ricordata interpretazione da lei sostenuta. Il concorso dell'istituzione di erede e della costituzione di legato a favore della stessa persona è perfettamente ammissibile, imperocchè fatta l'istituzione di erede ed eccettuata una data categoria di beni che si designa per i legati, ben si può far rientrare l'erede, con disposizione a titolo particolare, in una parte della categoria eccettuata.

L'erede potrebbe essere ritenuto completamente escluso dalla categoria di beni suddetti, se non vi fosse la esplicita dichiarazione di volervelo incluso. Coerentemente a tale principio il patrio legislatore ha ammesso il concorso dell'istituzione di erede e della costituzione di legato in favore della medesima persona, della qual cosa sono, fra l'altro, chiarissima prova le disposizioni contenute negli articoli 945 e 1001 cod. civ., nei quali è affermato che l'erede può rinunziare alla successione e ritenere il legato. E ciò del resto è teoria antica del diritto Romano. Papiniano infatti disse: « Filio pater quem in potestate retinuit, *heredi pro parte instituto, legatum quoque reliquet*: durissima sententia est existimantium, dinegandum ei legati petitionem si patris abstinuerit hereditate (Legge 87. Dig. de legatis). ».

Con la scorta dei principii suddetti si manifesta chiara nella specie quale sia stata la intenzione del Tavani nell'istituire prima come erede l'Anna Maria sua sorella e poscia nel legarle il libretto della Cassa di Risparmio. Egli infatti, il Tavani, volle escludere sulle prime dall'*universums jus* della sua suc-

cessione i soli libretti della Cassa di Risparmio di Roma che egli teneva alla data del testamento, ma non volle escluderli in modo completo, cosicchè ritenne necessario spiegare che uno di tali libretti era da lui legato alla stessa Anna Maria sua sorella della quale aveva già parlato nella precedente disposizione.

Ad ogni modo, pur ammettendo per ipotesi, che l'espressione della quale si tratta debba essere intesa come la vorrebbe fare intendere la difesa delle eccepienti, si dovrebbe venire alla medesima conclusione per l'altro ordine di idee già esaminato in principio, cioè per la riflessione che il Tavani volle disporre di tutte le sue sostanze, e quindi, non avendo fatta egli parola di valori esistenti fuori della casa di abitazione si deve necessariamente ritenere che fosse suo proposito che i detti valori si trovassero tutti riuniti, all'epoca della sua morte, nella sua casa di abitazione. Perciò, se pur così dovesse interpretarsi la volontà del disponente, anche in tal caso quanto vi ha di valori nella eredità del Tavani dovrebbe essere attribuito all'Anna Maria sua sorella.

Infine a nulla può valere l'ultimo argomento della difesa dei convenuti concernente la pretesa sottrazione dei valori dal negozio di via dei Crescenzi, imperocchè pria di tutto per parlarsi di sottrazione si dovrebbe dimostrare la esistenza in quel luogo degli ascritti valori; secondariamente poi se si riflette che, anche provata l'esistenza suddetta in epoca precedente alla morte del G. B. Tavani, ciò non sarebbe efficace a ritenere che il Tavani non abbia presi i valori medesimi in data prossima alla morte, ove ne avesse sentita certa l'imminenza, e non li avesse trasportati nella casa di abitazione, in esecuzione del proposito sopra ipotizzato.

Per le quali cose tutte sopradiscorse si devono accogliere nella loro integrità le domande formulate dall'Anna Tavani in Scaramella, da Ascenso Scaramella, e da Marianna e Luigia Zarlatti e si debbono, in conseguenza, rigettare le eccezioni opposte alla domanda della predetta Tavani.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

27 marzo 1907 n. 482

Fascie (avv. *P. Pietri*) contro Fornari (avv. *L. Fusi*, *L. Pericoli* e *C. Basile*).

La sentenza che condanna all'adempimento di una obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, è produttiva di ipoteca, tanto più se ordini anche un conseguenziale rendiconto (1).

Il Tribunale ecc. — La tesi di diritto sostenuta dall'attore a fondamento della sua domanda è quella che nega l'efficacia di produrre ipoteche alle sentenze che ordinano un rendiconto, per la ragione che non può dirsi portino condanna all'adempimento di una di quelle obbligazioni previste dall'art. 1970 codice civile.

E la tesi di diritto si giustifica e si illustra richiamando gli argomenti che in dottrina e in giurisprudenza comunemente vengono addotti per la risoluzione della controversa questione. Sembra peraltro a questo Collegio che i termini generali nei quali solitamente la questione viene posta non siano applicabili alla presente fattispecie, e che questa presenti caratteri particolari, suoi propri, e per sè stessi sufficienti a determinare la risoluzione. Di vero per giudicare se una sentenza sia o no produttiva di ipoteca è necessario esaminare qual sia nella sostanza e nella sua estensione il pronunciato giudiziale. Ciò è conseguenza del principio pel quale in genere la misura e il valore della cosa giudicata è desunto non soltanto dalla statuizione che il dispositivo di una sentenza può espressamente enunciare, ma anche dalle implicite premesse, giuridicamente necessarie, di quella espressa statuizione. Nè in questo punto vi ha effettiva discordanza, ammettendosi generalmente non essere necessaria, agli effetti dell'art. 1970, nè la speciale formula di condanna bastando invece una declaratoria, nè che tale declaratoria, espressamente riconosca e sanzioni un obbligo della specie prevista da quell'articolo, bastando che ciò faccia implicitamente.

(1) Cfr. Cass. Torino 11 marzo 1876, *Annali* X, 1, 1, 253; A. Roma 1 dicembre 1883, *Legge* 1884, 2, 165; e, per un caso affine a quello contemplato dalla sentenza che commentiamo, Cass. Torino 19 maggio 1871, *Giur. ital.*, 1871, 1, 1, 344.

Sulla questione se sia o no produttiva d'ipoteca la sentenza che condanna a rendere il conto si consulti, in senso affermativo, la decisione 11 maggio 1885 della Cass. Roma, Auriti pres., Bonelli est., in *La giur. sul Cod. civ.*, Roma, 1902, vol. II, parte II, sotto l'art. 1970, n. 10, con richiami *pro* e *contra* a piedi della decisione stessa.

Che pertanto, venendo alla specie in esame, è facile rilevare che la sentenza di questo Tribunale 23 luglio 1902 non sanzionava solo la obbligazione del Fascie di rendere ai Fornari il conto dell'amministrazione della casa in controversia dal 1894, che anzi questa espressa statuizione era la minima parte del pronunciato di quella sentenza.

Basterebbe infatti l'osservare che nessuno può essere tenuto a rendere conto ad altri della casa propria, se altri non abbia su questa qualche diritto; quindi l'ordine del rendiconto è implicito e necessario riconoscimento di questo diritto. Conseguentemente, poichè nella specie la domanda di rendiconto avanzata dai Fornari si fondava nel diritto vantato da costoro di ottenere dal Fascie il trasferimento della proprietà della casa, in relazione ad analoga obbligazione da costui assunta in epoca anteriore alla domanda, e non ancora soddisfatta, la sentenza del Tribunale ordinando quel rendiconto, dichiarava anche implicitamente, ma necessariamente, l'esistenza di tale obbligazione del Fascie. Implicitamente diciamo in ordine al dispositivo di quella sentenza, ma espressamente nella motivazione, come si rileva dal passo di questa sopra riportato. In essa, oltre a dichiarare che la obbligazione del Fascie era ormai fuori di ogni contestazione per averla il medesimo confessata, si aggiungeva risultare dagli atti della causa rimontarne la esistenza fino al 1894 e perciò a tale epoca dovevasi far risalire il rendiconto.

E poichè allo stato della lite l'unica rilevante deliberazione, data la molteplicità dei capi della domanda e delle eccezioni riconvenzionali, si era quella di ordinare questo rendiconto, così a ciò solo si limitò la decisione, riconoscendosi « inutile dare atto esplicito della dichiarazione del Fascie », come questi nelle sue conclusioni già menzionate aveva richiesto. Date tali premesse, è evidente che la sentenza in parola implicitamente riconobbe l'obbligazione del Fascie di trasferire la proprietà della casa ai Fornari, ordinando a costui di rendere il conto delle rendite della medesima da lui percepite.

Ma non soltanto vi fu nella sentenza del Tribunale implicito riconoscimento di quella obbligazione, ma anche espressa sanzione è ingiunzione di adempimento. Infatti, avendo il Tribunale ritenuto che l'obbligo di trasferire ai Fornari la proprietà della casa risalisse al 1894, al momento della lite, l'obbligazione del Fascie comprendeva sì il trasferimento di proprietà, che il rendiconto delle rendite nel frattempo percepite, quindi l'ordine di rendiconto non era che l'ingiunzione di adempiere, sia pure nella parte accessoria, la obbligazione che si riconosceva far carico al Fascie.

E poichè l'obbligazione di questi era di quelle che, se inconseguibili, danno luogo al risarcimento dei danni, giacchè i dubbi che si sollevano intorno alla parte di essa che consiste nel rendiconto, non possono sollevarsi intorno all'altra che consiste nell'obbligo assunto verbalmente di trasferire la proprietà di un immobile, così non può disconoscersi ricorrere nella specie i termini dell'art. 1970 codice civile.

Che contro tale conclusione è irrilevante osservare che il dispositivo della sentenza in parola contiene la dichiarazione: « riserva ogni altro diritto e ogni giudizio di merito, ecc. », poichè tale riserva non può avere riferimento che ai capi delle domande sui quali non si giudicava, e non a quelli nei quali, per le cose anzidette si statuiva.

Che neppure ha valore l'osservazione mossa dall'attore, che cioè, se la sentenza del Tribunale realmente pronunziava circa la proprietà della casa in questione, avrebbero dovuto i Fornari trascrivere la sentenza stessa, anzichè iscrivere ipoteca su di un fondo proprio, giacchè l'attore evidentemente confonde la sentenza che accoglie un'azione di rivendicazione con quella che invece riconosce il diritto personale di ottenere il trasferimento della proprietà del fondo altrui.

Per questi motivi ecc.

Avv. A. SANTE MARTORELLI, Direttore responsabile.

Tipografia "Industria e Lavoro„ Via delle Coppelle num. 35 - Roma.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 dicembre 1906, n. 827

Caselli *Pres.* — Lago *Est.*

Confaloni (avv. *N. Gallo*) contro Pieri (avvocato *S. Marsili*).

La notificazione del controricorso sana ogni nullità di forma, quale ad esempio la mancanza dell'elenco dei documenti e delle altre menzioni che sogliono farsi in calce al ricorso (1).

La presunzione, di cui all'art. 218 *cod. proc. civile, è* juris tantum *e quindi può combattersi con prova contraria* (2).

La Corte ecc. — Ritiene che non sussista la irrecivibilità del ricorso pel motivo che in esso manca l'elenco dei documenti sui quali si pretende fondato colla indicazione del mandato dell'avvocato che ha sottoscritto il ricorso, e della copia autentica della sentenza impugnata, nonchè la descrizione e notificazione del deposito, perchè tratterebbesi sempre di nullità di forma le quali per lo espresso disposto dell'art. 530 ultimo capoverso sono sanate per la semplice notificazione del controricorso.

Passando perciò all'esame dei mezzi dedotti in ricorso si osserva sulla eccezione d'incompetenza territoriale del pretore di Camerino, che se dalle lettere 23 dicembre, 26 e 31 stesso e 4 gennaio 1905 si potrebbe ritenere che pel contratto inchiuso nella lettera dell'ottobre 1904, di cui è caso, fosse stabilito che il pagamento dovesse farsi in Napoli, luogo di domicilio del compratore ed ove era stata consegnata la merce, giacchè le parole con cui termina la seconda lettera del Confaloni al curatore della fallita, voi *mi darete le disposizioni a chi devo consegnare somme*, e lo avere spedito a Pioraco il danaro non contestato mediante vaglia sulla Banca d'Italia solo perchè la fallita ritardava a rispondere non avrebbe senso se vi fosse stato anche solo tacito accordo che i pagamenti dovevano essere fatti a Pioraco, tuttavia nella sua conclusione l'avvocato del Confaloni aveva espressamente dichiarato di riconoscere che i pagamenti dovevano essere fatti a contanti mediante vaglia cambiario del Banco di Napoli o della Banca d'Italia, e a fronte di queste opposte risultanze, se il Tribunale credette affermare che avendo il Confaloni pagata la parte maggiore, non contestata, della commissione in lire 3775,60 a Pioraco, doveva ritenersi che ivi dovesse eseguirsi l'intero pagamento, lo stesso ha emesso un apprezzamento di fatto incensurabile in questa sede, e la sentenza in questa parte non potrebbe non incontrare l'approvazione di questa Suprema Corte.

Ma se questo primo mezzo è respinto dalla Corte, hanno però tutti gli altri legale fondamento di verità e giustizia e devono essere accolti.

Fa senso che mentre il Confaloni si sforzava di fare opposizione alla prima sentenza contumaciale 30 maggio 1905 che contro di lui aveva ammesso l'interrogatorio sulla verità della regolare consegna della merce della quale si domandava il prezzo, e fissava appositamente la stessa udienza avanti al pretore in cui era la causa principale chiamata per ricevere le sue risposte orali, a questa udienza artificiosamente si separassero le cause; e mentre quella d'opposizione era rinviata ad istanza del procuratore del Confaloni, in quella invece della fallita si rifiutasse ogni rinvio; e decidendo anzi a tamburo battente, nonostante il protesto intimato per reiterato rifiuto della merce, nonostante la formale opposizione ricevuta nella stessa udienza, nonostante la strenua difesa fatta dal Confaloni, il pretore prima e dopo di lui il tribunale, e questo nonostante la riunione delle due cause, si siano ostinati a ritenere che la non comparizione del Confaloni protestante ed opponente dovesse invece far sorgere la presunzione che nulla avesse ad opporre contro la verità della domanda, avendo anzi il Tribunale ritenuto, con la più marcata contraddizione con quanto afferma a poche linee di di-

(1) Cons. in genere l'avv. CABERLOTTO, in *Digesto italiano*, voce *Cassazione e Corte di cassazione* (civ.) n. 488 e seg.

(2) Il Supremo Collegio disdice, con questa massima, il proprio anteriore insegnamento. Cfr. le due decisioni 20 ottobre 1903, est. TIVARONI, e 23 febbraio 1904, est. CORBO, inserite nella presente Raccolta, anno 1904, 15 e 196, con richiami. Aderisce, così, alla prevalente giurisprudenza. Si veggano, da ultimo: Cass. Firenze 2 aprile 1906, *Foro ital.* 1906, 1, 609; Trib. civ. Pisa 5 novembre 1906, est. SACCHINI, in *Dizionario della procedura civile* del CRESPOLANI, anno 1907, 18; Cass. Palermo 24 aprile 1906, *Foro sic.* 1906, 294.

stanza, che con la mancata risposta all'interrogatorio per presunzione *iuris et de iure* resta provato il fatto dedotto a sostegno della domanda, per modo che non sono poi ammissibili i mezzi istruttori proposti, e devesi respingere l'appello.

Crede invece la Corte che in tali circostanze la non comparizione del convenuto non poteva essere interpretata nel senso dell'art. 218 Cod. proc. civ. per confessione tacita dei fatti dedotti senza la più stridente contraddizione con la regola del diritto e con tutta la istruttoria delle cause; e pretore e tribunale avrebbero dovuto dichiarare non esser luogo a procedere, ovvero fissare altra udienza per rispondere, dovendo in ogni parte del diritto le presunzioni legali cadere a fronte del fatto contrastato contrario, sempre quando sul fondamento di esse la legge non annulli gli atti o neghi azione in giudizio, ciò che è assurdo possa verificarsi nel caso del citato art. 218, per la stessa letterale sua concezione, la quale accorda alla induzione del giudice un semplice valore legale che cade combattuto dalla prova contraria.

Si fu lo avere voluto forzatamente separare quello che la legge e natura univano indissolubilmente che intorbidò i rapporti delle due cause, quella principale di pagamento e quella connessa di opposizione, e portò e pretore e tribunale a violare i più evidenti principii che regolano la connessione delle cause, la litispendenza, l'efficacia delle prove e delle presunzioni nei giudizi, ed a cadere in motivazioni insufficienti, contraddittorie e affatto arbitrarie anche per le spese.

Per questi motivi la Corte ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

19 gennaio 1907, n. 34

Pagano *Pres.* — Baudana *Est.*

Costa (avv. *O. Sechi*) contro Tarchiani (avv. *G. Rivaroli*).

E' appellabile la pronuncia che, omologando il concordato senza opposizione in Camera di Consiglio, nega al fallito i benefizi contemplati nell'art. 839 *Cod. di commercio* (1).

La Corte, ecc. — Si è chiamati a decidere, se sia appellabile la pronuncia, che senza alcuna opposizione e in camera di consiglio omologa il concordato, nella parte che nega al fallito i benefizi di cui all'art. 839 del codice di commercio.

Il successivo articolo 913, derogando alla regola generale di procedura (art. 481), stabilisce che tutte le sentenze del Tribunale in materia di fallimento non sono soggette ad appello; però non può a meno di escludere da questa rigorosa disposizione i casi preveduti da alcuni articoli del cod. di commercio fra cui l'art. 836, ov'è prescritto che il tribunale, se non si sia fatta opposizione alcuna, pronuncia in camera di consiglio sulla domandata omolgazione del concordato (capoverso 3); se vi siano opposizioni il tribunale *pronuncia* su queste e sulla omolazione con una sola sentenza (capoverso 4).

In genere, quando la legge dice che il giudice pronuncia, s'intende che lo faccia mediante sentenza, come dicevano gli antichi: *contra vel secundum aliquem pronunciare* (Cicerone). E che tale sia il significato del suddetto capoverso 3 appare anche dal capoverso 4 in cui si ripete la stessa parola *pronuncia*, e, per evitare poi che due pronuncie si emettano, una sulle opposizioni ed una sulla omologazione, espressamente si dichiara che il tribunale pronuncia una sola sentenza.

Nella specie, il tribunale di Sassari le dette il nome di sentenza e la pronunziò in nome

---

(1) La sentenza dello stesso Supremo Collegio, alla quale si fa richiamo nella presente, è quella 4 novembre 1903, inserita nella nostra Raccolta, anno 1904, pag. 98, con nota.

Osserviamo che, se la giurisprudenza e la dottrina hanno — come si esprime il BONELLI (Fallimento, II, 748) — ceduto alla forza invadente della pratica, di modo che la tesi, adottata ora dalla Cassazione romana, costituisce ormai uno *jus receptum*, lo spirito della legge è recisamente per l'opinione opposta. Cfr. nell'uno e nell'altro senso CUZZERI, *Comm. al cod. di comm.*, n. 923; ROCCO, *Concordato*, n. 225 *bis*; MANGARONI-BRANCUTI, in *Temi*, 1902, 406; BOLAFFIO, nota in *Foro italiano*, 1885, 1, 372; MORTARA, *Comm. al Cod. di comm.*, n. 143; REZZARA, *Concordato*, n. 193; VIDARI, *Corso di dir. comm.*, IX, n. 8576; A. RAMELLA, *Del fallimento*, n. 547.

del re come comanda l'art. 54 del cod. proc. civ ed omologò il concordato, dopo aver considerato che il fallito aderì alla richiesta omologazione, che nel concordato furono osservate le prescrizioni di legge, e che era conveniente omologarlo. Se non lo avesse riconosciuto conveniente avrebbe negata la omologazione. E disse bene, perchè la parola greca *omologo* in senso giuridico significa approvazione, conferma o ratifica, il che obbliga il giudice di pronunciare *re cognita*, altrimenti l'autorità giudiziaria potrebbe essere costretta a rendere esecutive deliberazioni manifestamente ingiuste, fraudolente o rovinose: al quale scopo provvede altresì la legge, ordinando che il concordato ancorchè omologato possa essere annullato dal tribunale, qualora si scopra dopo la omologazione che dolosamente siasi esagerato il passivo o dissimulata una parte rilevante dell'attivo (art. 842 cod. di commercio).

Ciò non esclude la natura del fallimento essenzialmente contenziosa, mentre la giurisdizione volontaria, secondo la sua nozione razionale e classica, è quella che si esercita *inter volentes* e la risoluzione che emana non acquista virtù ed effetto di cosa giudicata, tanto che il magistrato, meglio illuminato od istruito, può ritornare sul suo provvedimento e modificarlo, secondo il precetto di Celso: *quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et repetere licet, de sententiis contra* (fr. 14, de re iudicata, XLII, 1).

Il tribunale non si arrestò, e con lungo ragionamento negò al fallito i benefizi di legge. Sia o non sia legittima questa pronunzia, siasi o non siasi fatto giusto uso delle facoltà concesse dall'art. 839, certa cosa è che il tribunale pronunciò una sentenza, e che, senza alcuna distinzione fra concordato con opposizioni e senza opposizioni, i benefizi devono essere negati o concessi con la sentenza di omologazione e che questa sentenza, quando non sia più soggetta ad opposizioni od appello, fa cessare lo stato di fallimento (art. 81 codice di commercio).

Si è detto che questo Supremo Collegio ebbe già a pronunziarsi, dichiarandola inappellabile, poichè manca qualsiasi conflitto fra le parti interessate, manca un conflitto giudiziario, implicito è l'accordo delle parti, onde la pronunzia voluta dalla legge non può costituire una vera sentenza, ma sibbene un semplice provvedimento.

Si potrebbe rispondere che trattavasi di sentenza nei sensi voluti dall'art. 836, capoverso 3, come già si è dimostrato; ma a prescindere da ciò, nella specie, l'accordo fra le parti fu limitato alla omologazione del concordato, nè può supporsi l'implicito accordo del fallito d'essere escluso dai benefizi della legge.

Laonde non può approvarsi quel che si deduce dalla sentenza impugnata, e cioè che al fallito non può essere consentito di andare contro le proprie conclusioni, nè ripudiare ciò che prima aveva consentito.

Nè si deve omettere che la stessa corte d'appello, con manifesta contraddizione, riconosce che è invalso nella pratica il sistema di ammettere il fallito, che non ha ottenuto i benefizi dell'art. 839, a reclamare alla autorità giudiziaria superiore, in base all'art. 781 del cod. proc. civile.

A prescindere da questa forma di giudizio, di cui non è disputa, per ritenere appellabile la surriferita sentenza del tribunale, soccorrono la parola della legge come sopra interpretata, la quale per fare eccezione all'articolo 481 del cod. di proc. civ., deve essere applicata ristrettivamente (art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile), il suo spirito, il quale non può permettere che al fallito si precluda la via dell'appello, se contro il concordato non si facciano opposizioni, laddove questa via gli si apre, se vi siano opposizioni; soccorre finalmente la ragione naturale la quale non può approvare che inappellabilmente il fallito perda i benefizi di veder cancellato il suo nome dal relativo albo e rivocata la sentenza dichiarativa del fallimento anche rispetto al procedimento penale.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

28 gennaio 1907, n. 54

Basile *Pres.* ed *Est.*

D'Eramo (avv. *G. D'Angelo*) contro Di Roberto (avv. *C. Mapei*).

Non può il giudice accordare all'appellante, che non abbia prodotto i documenti e gli atti di primo grado, il rinvio della causa, affinchè possa sfuggire alle conseguenze

del rigetto dell'appello senza esame chiesto dall'appellato (1).

La Corte ecc. — Il ricorso è del tutto inattendibile dappoichè la sentenza denunziata, al contrario di quanto assume il ricorrente, ha esattamente applicata la legge; ed, oltre alle savie considerazioni che la sorreggono, basta a renderla immune da qualsiasi censura la semplice osservazione, che la sanzione del rigetto dello appello senza esame, per non aver l'appellante prodotto gli atti di primo giudizio, essendo comminata direttamente dal legislatore per la di lui desidia, non potrebbe giammai dipendere dall'arbitrio del giudice di seconde cure, al quale non fu certo data la potestà di rendere vano il precetto della legge, di violare il diritto quesito dallo appellante, che ha invocato a proprio vantaggio il beneficio concessogli, e che non poteva essere distrutto coll'accordare all'appellante il rinvio della causa, onde ottemperare all'omessa produzione dei documenti del primo giudizio senza che egli potesse invocare, a sostegno del proprio assunto, la disposizione del terzo capoverso dell'art. 5 della legge 31 marzo 1901, dappoichè la facoltà dal medesimo data al Tribunale o alla Corte, di rinviare per gravi motivi la discussione della causa ad una udienza prossima, manifestamente si riferisce al caso in cui siano stati preventivamente già prodotti in cancelleria i relativi documenti quattro giorni prima di quello fissato per la udienza, in relazione al diritto, che in questo caso spetta alle parti, di far discutere in tale udienza la causa, come chiaramente si evince dalla relazione ministeriale che precede l'approvazione di quella legge, dalla quale si rileva che il presidente può fare uso dei suoi poteri discrezionali, concedendo un brevissimo differimento, ove non sia possibile altra soluzione, ma bene inteso qualora l'appellante abbia già prima eseguito in cancelleria il deposito dei documenti, sebbene non li presenti nell'istante in cui la causa debba discutersi, per la ragione che in tal caso il rinvio ordinato in una udienza anteriore non ha altro effetto, fuori quello di sostituire un'altra udienza a quella indicata nell'atto di appello, e ciò per armonizzare colle norme dello articolo 489 proc. civile la distinzione dell'udienza in due fasi e la facolta data all'appellante di depositare i documenti prima della comparizione; e ragionevolmente, poichè, qualora i documenti siano stati prodotti in cancelleria prima dell'udienza stabilita per la comparizione, l'appellante, manifestando così la ferma ed efficace volontà di adempiere a siffatto obbligo, non si troverebbe più nelle condizioni previste dal succitato art. 489, e verrebbe meno la ragione della sanzione di decadenza da esso stabilita.

Per questi motivi rigetta il ricorso.

---

(1) Approviamo la massima. Non vorremmo, però, se ne deducesse che, ove, malgrado l'opposizione dell'appellato, il giudice, per imperiose ragioni di ufficio, sia costretto a rinviare la causa, dopo la domanda di rigetto dell'appello senza esame, non possa più l'appellante riparare al difetto di produzione della sentenza appellata e degli atti e documenti di primo grado. (Vedi *Temi* 1907, 343, nota). La illazione, invero, oltre che illogica, urterebbe contro la manifesta intenzione del legislatore: una volta che la causa, per il rinnovato procedimento sommario, va al Collegio in istato di istruzione aperta e solo nel momento della discussione diventa decisiva la condotta dell'appellante, deve ineluttabilmente ammettersi che l'appellante possa fino al momento della discussione salvarsi dalla contraria domanda di rigetto, presentando quanto occorre perchè l'autorità giudiziaria pronunzi sul suo gravame.

E' così che troviamo essersi ritenuto come, anche quando il rinvio sia stato consentito *con la espressa riserva del diritto al rigetto*, sia lecito all'appellante di riparare alle omissioni per le quali tale rigetto è domandato, essendo insostenibile al riguardo la teorica dei diritti quesiti. Cfr. Cass. Roma 4 maggio 1903; Cass. Firenze 8 febbraio 1906 e A. Bologna 17 marzo 1906, *Temi* 1903, 653, e 1906, 267, 376. Cons., pure in proposito, la nota dell'avvocato A. S. MARTORELLI, a commento della conforme decisione del Trib. civ. Roma 19 ottobre 1904, in questa Raccolta, anno 1904, pag. 35-36.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

8 febbraio 1907 n. 93

Pageno *Pres.* — De Aloisio *Est.*

Comune di Cigliano Vercellese (avv. *I. Ottolenghi*) contro Pecore (avv. *L. Graneri*).

Il parroco ha il possesso delle campane della propria chiesa e può esercitarlo per mezzo di un suo incaricato (1).

Il Comune può ritenersi al più un compossessore delle campane e del campanile, ma se procede a spogliare il parroco del suo possesso, bene il parroco propone domanda di reintegra (2).

La Corte a *Sezioni unite*, ecc. — Destituite di fondamento si presentano le censure rivolte alla denunciata sentenza.

Le campane delle chiese, come accessori di queste, sono oggetti inservienti al culto: il possesso quindi delle medesime, ove trattasi di chiesa parrocchiale, ente autonomo, si appartiene al parroco, preposto alla chiesa e legittimo rappresentante di essa. Certamente il Municipio, quale rappresentante la generalità dei cittadini, dalla cui pietà fu il tempio parrocchiale edificato, potrà (come nella fiera risposta del gonfaloniere Pier Capponi a Carlo VIII) dire le *sue campane*, in quanto anch'esso potrà, in determinate evenienze, usarne per dar pubblicità o solennità ad alcuna opera civile. Ma cotesto uso, rimpetto al parroco, costituirà, tutt'al più, un compossesso del campanile e delle campane, non mai esercizio di atto di autorità, capace di togliere all'uno ed alle altre la loro naturale destinazione, con escludere od annientare il possesso del *rector ecclesiae*.

Nella specie la proponibilità dell'azione possessoria, da parte del parroco, fu riconosciuta (ed il ricorso a chiare note lo ammette) dallo stesso Sindaco, quando in vista della domanda di reintegrazione spiegata dal primo si affrettò a rimettergli la nuova chiave del campanile. Ma la contestazione possessoria non rimane con ciò esaurita, una volta che il Comune pretese impedire di potere liberamente servirsi di quella chiave, ossia di poter consegnarla a persona di sua fiducia che dietro i suoi ordini andasse a suonar le campane per gli uffici religiosi, non essendo concepibile che il parroco dovesse personalmente recarsi al campanile ad adempiere tale bisogna egli stesso, e tanto meno avendo alcun senso la chiave dal Comune rimessagli, qualora egli *non potesse* (come dice il ricorso) *usare delle campane per gli scopi di culto, se non facendo capo ai campanari municipali, dal Comune medesimo, nell'alta sua giurisdizione, muniti di chiavi*. D'altronde è troppo risaputo che « il possesso (articolo 685 cod. civ.) è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o per sè stesso, *o per mezzo di altri che detenga* la cosa od eserciti il diritto in nome di lui ».

Cosicchè, ammesso nel parroco il possesso, *di cui è simbolo* (come ben nota la sentenza) *la chiave fattagli tenere dal sindaco, è impossibile per la contraddizione che nol consente* negargli di esercitarlo per mezzo di un suo proprio incaricato.

Dunque la questione relativa alla libera scelta, reclamata dal parroco, del suo campanaro, lungi dall'eliminare o denaturare l'azione possessoria da lui promossa, si compenetrava e assorbiva in questa, e la denunziata sentenza, ritenendo proponibile tale azione, anche nel concorso della questione anzidetta, non disconobbe nè violò i limiti segnati alla competenza dell'autorità giudiziaria.

Le altre doglianze del ricorso riguardano il merito, e quindi rientrano nella cognizione della Corte regolatrice territoriale.

Per questi motivi ecc.

(1-2) Ritenne, invece, il Tribunale Salerno 13 maggio 1902 che le campane, quale accessorio della chiesa, non sono suscettibili d'azione di turbativa di possesso (*Gazz. Proc.* XXXII, 218). La Cass. Roma 3 febbraio 1903 (*Riv. di dir. eccl.*, 1903, 596) decise che, essendovi dissidio tra Comune e parroco circa l'uso di una campana, i componenti la Giunta municipale, i quali ordinino di suonare la campana stessa, commettono esercizio arbitrario delle loro ragioni, a stregua dell'art. 235 del codice penale.

Circa l'uso delle campane, da parte del Comune, per usi civici veggasi l'A. Genova 29 aprile 1904, *Temi gen.* 1904, 275.

Cfr. anche sull'argomento in genere A. GAUDENZI, in *Digesto italiano*, voce *Campana*; GIUSTINIANI, *Le campane nel dir. italiano*, in *Riv. di dir. eccl.*, I, 260; B. BELOTTI, *Le campane*, Milano, Società editr. libraria.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 febbraio 1907 n. 146

Caselli *Pres.* — Corbo *Est.*

Daneo (avv. *C. Fani* e *G. Checchucci*) contro Ricci-Ferri (avv. *G. Manna*).

Pattuitasi una penale per ogni giorno di ritardo nella consegna di un villino commesso ad un costruttore, non può pretendersi la penale se il committente non si reca prima sul luogo dove trovasi il villino, per riceverne la consegna, a meno che non siasi stabilito dalle parti un luogo diverso (1).

La Corte ecc. — Osserva che Daneo Alberta vedova Griffini, con scrittura 15 settembre 1903, affidava a Pietro Ricci e Luigi Ferri la costruzione di un villino in Rocca di Papa. I costruttori si obbligarono di consegnare il villino non oltre il 15 giugno 1904 sotto la penale di lire 50 per ogni giorno di ritardo, escluso il tempo occorrente pel collaudo dei lavori.

Con atto 7 luglio 1904 la Daneo protestava contro gli impresari per la mancata consegna del villino e con citazione del 9 agosto successivo li conveniva avanti il Tribunale di Roma per sentirli solidalmente condannare, tra l'altro, al pagamento di lire 1300 a titolo di penale già pattuita.

Il Tribunale accolse questa domanda: ma la Corte d'Appello di Roma, considerando che doveva ritenersi tempo utile per la consegna quello trascorso per la liquidazione dell'importare dei lavori, dichiarò non dovuta la penale.

Una tale decisione fu annullata da questa Cassazione per difetto di motivazione, e la causa fu rinviata per nuovo esame alla Corte d'Appello di Aquila.

La Corte di rinvio fece diritto all'appello del Ricci e del Ferri; ed in riforma del relativo capo della sentenza appellata rigettò la domanda della Daneo relativamente al chiesto pagamento delle lire 1300 a titolo di penale.

Contro questo pronunziato, che porta la data 16 e 30 marzo 1906, ricorre la Daneo, e ne chiede l'annullamento per tre mezzi.

Attesochè il nostro codice civile adottando il principio *dies interpellat pro homine* abbia nell'art. 1223 disposto: « Se l'obbligazione consiste nel dare o nel fare, il debitore è costituito in mora per la sola scadenza del termine stabilito nella convenzione ».

Non pertanto questa regola del termine, che si sostituisce alla intimazione, non sempre si applica senza restrizione. E' applicata in modo assoluto e senza difficoltà nelle obbligazioni di fare: ma non avviene lo stesso nelle obbligazioni di dare, poichè le medesime inconcludono, come dice l'art. 1219 del codice civile, l'altra obbligazione di consegnare la cosa e di conservarla sino alla consegna. E siccome il concetto della consegna è naturalmente connesso a quello del luogo, ed alcune volte anche a quello del modo, così ne consegue che, qualora nella convenzione nulla in proposito sia stabilito, il debitore, salvo il caso contemplato nell'art. 1508, aspetterà nel suo domicilio il creditore per eseguire la consegna, e trattandosi di cosa certa e determinata lo aspetterà nel luogo dove si trovava o si trova la cosa che ha formato oggetto del contratto (art. 1249 cod. civ.). Laonde, per constatare che il debitore non ha fatto la consegna, si rende necessario che il creditore faccia comprovare ch'egli nel giorno della scadenza si è presentato nel luogo ove la consegna doveva effettuarsi, e che il debitore era assente. Apparisce dunque chiaro e manifesto che, allora quando non è stato stabilito il domicilio del creditore come luogo della esecuzione (nel qual caso il semplice fatto della mancata offerta della cosa basterà a costituire il debitore in mora) la sola scadenza del termine nelle obbligazioni di dare non è sufficiente a porre il debitore in mora, perchè la legge non gli impone, per evitare gli effetti della mora, l'obbligo d'invitare o diffidare il creditore a presentarsi nel luogo dell'adempimento per ricevere la consegna della cosa nel giorno stabilito.

Or nella fattispecie, essendosi i costruttori del villino obbligati a consegnarlo non oltre il 15 giugno 1904 sotto la penale di lire 50 per ogni giorno di ritardo, è evidente che trattavasi di una cosa certa e determinata, la cui

(1) Cfr. in genere G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, II, n. 65. Vedi anche U. LOMBARDO, *Contributo allo studio della mora in diritto romano*, studio pubblicato nel *Circolo giuridico* del compianto Sampolo, annate XXXV e XXXVI; nonchè C. SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, Giannotta, 1905. Del resto, il principio accolto ha per sè anche la tradizione della scuola.

consegna non poteva altrimenti eseguirsi che nel luogo ove il villino era stato costruito. Nel giorno quindi della scadenza la committente avrebbe dovuto presentarsi nella detta località per constatare l'adempimento o meno dell'obbligazione da parte degli assuntori. Ma non avendo ciò fatto, essa non poteva imputare ai costruttori, come ha bene giudicato la Corte di Appello, il verificatosi ritardo e pretendere dai medesimi la penale della somma pattuita.

Non è vero dunque ciò che si sostiene nel primo e nel terzo mezzo del ricorso, che la denunziata sentenza abbia confuso il concetto della mora col modo di eseguire l'obbligazione; poichè, come si è detto già, nell'obbligazione di dare essendovi inclusa quella di consegnare la cosa, ne consegue che la costituzione in mora per la sola scadenza del termine si ricollega necessariamente al modo di esecuzione dell'obbligazione, ed al luogo ove la consegna della cosa deve effettuarsi.

E tanto meno sussiste l'accusa di contraddizione, di cui al secondo mezzo di ricorso. E infatti, la Corte d'Appello, se disse in generale che la ricorrente era tenuta a chiedere la consegna nel domicilio degli assuntori, ritenne però che nel caso in esame l'atto di diffida da lei notificato non potesse avere alcun valore, perchè, trattandosi di una prestazione essenziale locale, la consegna del villino non poteva eseguirsi se non nel luogo ove era stato costruito.

Per questi motivi rigetta ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 febbraio 1907 n. 149

Pagano *Pres.* — Riccobono *Est.*

Hardouin (avv. *S. Coen*) contro Comune di Castel Gandolfo (avv. *E. Spirito*).

Il Tribunale di rinvio, che accoglie una domanda rigettata dal primo giudice e respinge quella che sia stata accolta, ordinando all'uopo un mezzo istruttorio, può, a norma dell'art. 492 cod. proc. civ., ritenere la causa o rinviarla al primo giudice (2).

A stabilire l'esistenza degli usi civici basta la dimostrazione della feudalità del territorio e il possesso immemorabile (2).

Quindi, data cotesta feudalità, è inammissibile nel giudizio di manutenzione la prova di un possesso immemorabile, perchè si cumulerebbe il possessorio col petitorio (3).

La Corte, ecc. — Attesochè, in ordine al primo mezzo, erroneamente si è dedotta la violazione dell'articolo 492 proc. civ., poichè nel caso in esame non concorre una delle condizioni per la sua applicazione, che cioè la sentenza di appello, la quale ordina mezzi istruttori, abbia riformato una sentenza semplicemente interlocutoria. Ora la sentenza del Pretore di Albano ravvisò nel fatto, lamentato dal Comune di Castel Gandolfo, gli estremi legali dello spoglio, e però in rapporto all'azione di reintegrazione ordinò la prova testimoniale, ma ritenne inammissibile l'azione di manutenzione in possesso e pertanto dalla disposta prova eliminò il primo articolo, in quanto riguardava quest'ultima

---

(1) La massima è incontroversa risultando dall'articolo citato.

(2) Anche questa massima è oramai assodata da innumerevoli decisioni, e per non ripeterci rinviamo i lettori a quanto in materia di usi civici abbiamo discorso in altre note precedenti (V. *Palazzo di giustizia* 1904, 449-58, e 1905, 350-51.

(3) Crediamo utile ricordare in subiecta materia le seguenti decisioni:

« L'uso civico costituisce un onere intrinseco e connaturale dei territori feudali e quindi un istituto di natura singolare, talchè è grave errore di diritto il volerne discutere con le norme del diritto comune (Cass. Roma 22 gennaio 1895, *Riv. univers. di giurispr. e dottrina*, anno 1895, I, 74) ».

« In tema di demanii il possesso non può andare separato dalla proprietà (App. Napoli 1 marzo 1901, *Mov. giur.* 1901, 134, e 14 luglio 1902, *Giurispr. it.*, 1902, 596) ».

« Il magistrato ordinario non può nè conoscere, nè decidere della reintegrazione in un terreno demaniale devoluta per legge al giudice demaniale (Cass. Roma 2 dicembre 1902, *Corte Suprema*, 1900, I, 273) ».

« Riguardo agli usi civici è ammissibile la prova testimoniale del loro esercizio da tempo immemorabile, onde stabilirne la sussistenza ed efficacia (Cass. Torino, 31 genn. 1902, *Giur. Tor.*, 1902, 377) ».

Per altre massime sugli usi civici veggasi più innanzi nella presente Raccolta.

azione, non applicabile alla controversia. Quindi la sentenza di primo grado contiene due pronunzie, l'una definitiva che ritiene inammissibile l'azione di manutenzione, l'altra interlocutoria, che ammette la prova per accertare uno degli estremi dell'azione di reintegra.

Per effetto del giudicato di questo Supremo Collegio del gennaio 1904, eliminata l'azione di reintegra, fu rinviato soltanto l'esame dell'azione di manutenzione al Tribunale di Viterbo, il quale con la sentenza, ora denunziata per cassazione, a cotesta azione limitando il suo esame, ordinò mezzi istruttori, contro il pronunziato del primo giudice che li avea respinti.

Evidentemente la sentenza denunziata venne a riformare una sentenza definitiva con ordinare i mezzi istruttori, e quindi concorre l'altra ipotesi, di cui all'art. 492, che cioè l'autorità giudiziaria di appello, nel riformare una sentenza definitiva, ordini ulteriori atti d'istruzione, nella quale ipotesi può ritenere la causa o rinviarla ai primi giudici.

Attesochè ben fondata si appalesa invece la censura, contenuta nel secondo mezzo del ricorso in ordine al cumulo del possessorio col petitorio.

Agli effetti della sperimentata azione di manutenzione, la denunziata sentenza ammise la prova, che gli abitanti di Castel Gandolfo, palesemente e senza contrasto, hanno esercitato un diritto di comproprietà, un uso civico e ciò da tempo immemorabile, e cioè da più generazioni, a memoria di viventi e da questi inteso rammentare ed affermare dai loro antenati. Ma la stessa sentenza aveva considerato che, senza rinnegare la storia, non poteva contrastarsi la natura feudale del territorio di Castel Gandolfo, e che la impronta della feudalità traeva seco l'esercizio degli usi civici, al cui novero appartiene il diritto di pesca.

Ora, ciò posto, poichè, alla rivendicazione di pretesi usi civici in territorio feudale, la prova del possesso *ab immemorabili* e la incontestata feudalità del territorio bastano alla dimostrazione della esistenza degli usi civici, se in sede possessoria gli abitanti del Comune di Castel Gandolfo, come ne hanno avuto autorizzazione dalla sentenza impugnata, proveranno di aver esercitato, non già da un anno avanti la pretesa molestia, ma da più generazioni, il diritto di pescare nel lago di Albano, essi avranno raggiunta la piena prova del loro diritto, escludendo la possibilità di ogni ulteriore discussione nel giudizio petitorio.

Evidentemente eccede i confini della giurisdizione possessoria, nell'azione di manutenzione, tutto ciò che esorbita dalle due condizioni, che ne costituiscono l'essenza, cioè lo estremo del possesso continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco, durante l'anno anteriore alla molestia, qualunque sia l'oggetto che si vuol proteggere con l'azione di manutenzione, nonchè l'altro estremo della turbativa avvenuta entro l'anno anteriormente alla querela. E nel caso concreto la prova di un possesso immemorabile, lungi dal servire per dar colore all'attuale possesso, importa manifestamente una cognizione preventiva del diritto, per modo che non si verrebbe a giudicare in sede possessoria senza aver preventivamente assolto il merito della causa in petitorio.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

2 marzo 1907 n. 174

Pagano *Pres.* — Pianigiani *Est.*

Ferrovie dello Stato (avv. erar. *Baccarano*), contro Provincia di Reggio Calabria (avv. *G. De Nava*).

L'actio de in rem verso è esperibile anche contro le pubbliche amministrazioni, ma la indagine sull'utilità ed opportunità del negozio compiuto in pro della pubblica amministrazione, nel pubblico interesse, è riservata preliminarmente all'autorità amministrativa (1).

---

(1) Ciò equivale in sostanza a sancire la incompetenza dell'autorità giudiziaria, com'ebbe a ritenere senza ambagi la stessa Corte di cassazione nella sentenza 29 novembre 1905, est. CORBO, in questa Raccolta, 1905, pag. 27, con nota.

Può consultarsi anche, in conformità, l'altra decisione 22 marzo 1907 della stessa Cass. Roma, nella causa Comune di Folignano contro Comune di Ascoli Piceno, est. PIANIGIANI, decisione che non riportiamo per amore di brevità.

La Corte, ecc. — Considera che la Corte di appello di Catanzaro con la sentenza del 14 maggio 1906, denunziata a questo Supremo Collegio dall'avvocatura erariale, confermando una precedente sentenza del Tribunale di Reggio Calabria, si dichiarava incompetente a decidere dell'azione *de in rem verso* intentata dall'amministrazione delle ferrovie dello Stato contro la provincia di Reggio Calabria, a fine di costringerla al pagamento di una quota corrispondente al vantaggio, che la provincia stessa, al dire dell'Amministrazione, avrebbe risentito in conseguenza di alcuni lavori da questa eseguiti nel 1901 per impedire lungo la ferrovia Battipaglia-Reggio, fra le stazioni di Bagnara e Favazzina, la frana di grandi massi, che minacciavano di cadere dalla montagna sulla sottostante strada ferrata e sulla via provinciale, e il fondamento di tale dichiarazione poggia sul riflesso, che per decidere sul domandato rimborso occorreva premettere la indagine sulla utilità ed opportunità dei lavori, la quale, trattandosi di opere di pubblico interesse, spettava alla autorità amministrativa.

Considerato che l'Amministrazione ricorrente deduce la erroneità della massima affermata, sostenendo che l'*actio de in rem verso* che presuppone un diritto è sempre esperibile avanti i tribunali ordinari anche contro un ente pubblico, quante volte risulti che il patrimonio di questo siasi avvantaggiato per lavori da altri eseguiti, che per giunta entravano nella categoria di quelli, a cui deve provvedersi con le spese obbligatorie. La corte, aggiunge la ricorrente, dev'essersi inopportunamente inspirata all'art. 289 della legge comunale e provinciale che predispone un giudizio amministrativo sulla utilità e necessità dei lavori, giudizio che ad ogni modo nel caso concreto da parte dello Stato era già intervenuto. Or qui non trattavasi già di vedere se alcuni lavori dovessero eseguirsi, ma soltanto se la pubblica Amministrazione deve sottostare a una quota di spese di lavori che hanno ad essa recato vantaggio.

Considerato che un tempo si discusse in dottrina e nel foro se l'*actio de in rem verso* fosse esperibile contro la pubblica Amministrazione, finalmente si convenne nell'equo principio che anche la pubblica Amministrazione non dovesse arricchirsi a danno altrui e quindi esperibile si disse anche contro il di lei l'*actio* surriferita.

Però venne contemporaneamente fermata anche la massima di diritto, che il giudizio sulla utilità arrecata a un pubblico ente in cosa di pubblico interesse spettasse all'autorità amministrativa, la quale con criteri più esatti poteva commisurare il vantaggio arrecato alla comunità.

Che nel caso in esame nulla ha che fare l'art. 289 della legge comunale e provinciale, che il ricorrente pretende avere animato la sentenza della corte d'appello; però gli altri criteri informatori sono i medesimi.

Nè gioverebbe obbiettare che essendo oggi in campo due pubbliche amministrazioni (lo che fa sentire più calzante la opportunità della via amministrativa) la utilità dei lavori venne già riconosciuta dalla superiore autorità tutoria, quando ne fu permessa la esecuzione, perocchè dall'essersi l'opera anticipatamente riconosciuta necessaria o utile per rispetto delle ferrovie dello Stato non consegue per implicito (tanto vero che all'uopo erasi richiesta una giudiziale perizia) che essa debba essere riuscita di vantaggio anche per la Provincia, la quale ha interessi separati e diversa tutela.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 marzo 1907 n. 213

Basile *Pres.* — De Aloisio *Est.*

Finanze (avv. erariale *La Monica*) contro Fazio e Gambi (avv. *L. Celli*).

Non è luogo a compensazione tra il credito che delle spese ha l'amministrazione finanziaria, in una causa sostenuta col gratuito patrocinio, a carico della parte soccombente, ed il credito che questa parte abbia per qualsivoglia titolo contro il povero riuscito vincitore (1).

---

(1) A. Palermo 5 settembre 1892, *Legge*, 1893, 1, 54.
La medesima questione può farsi a riguardo degli onorari, dovuti al difensore del povero, i quali vanno a particolare beneficio del difensore stesso, come si esprime l'art. 28 alinea del decreto 6 dicembre 1865 che disciplina il patrocinio gratuito.
Egualmente in tema di distrazione di spese a favore del procuratore che le anticipò (Trib. civ. Roma 20 febbraio 1907, est. MORRONE, in questa Raccolta, 1907, pag. 143).

La Corte ecc. — In una causa agitata avanti la Corte d'appello di Roma tra Attilio Alessandroni, ammesso al gratuito patrocinio, ed i coniugi Giuseppe ed Ester Fazio, quel Collegio, con la sentenza 28 luglio 1904, condannò i coniugi Fazio solidalmente alle spese del giudizio, da liquidarsi a favore dell'erario dello Stato.

Liquidate le spese in L. 827,85, e previo avviso di pagamento il Cancelliere della Corte, in rappresentanza dell'erario, addì 26 ottobre 1905 intimò precetto al Giuseppe Fazio, che nel 9 del successivo novembre produsse opposizione al Pretore del 3. mandamento di Roma, deducendo che al tempo della condanna di cui sopra egli e la moglie erano creditori di maggior somma verso l'Alessandroni e quindi il credito di spese, che *ex iuribus* di costui l'erario sperimentava, era estinto per compensazione.

Tanto il Pretore, quanto sopra appello dei coniugi suddetti con sentenza 4-6 giugno 1906 il Tribunale locale, respinsero l'opposizione, osservando che l'erario agiva per proprio credito, non come surrogato nei diritti dell'ammesso al gratuito patrocinio; cosicchè mancava l'identità delle persone, fra le quali fosse potuta avvenire la compensazione.

Ed ora contro la pronunzia di appello ricorre per cassazione il Fazio, insistendo sul carattere surrogativo dell'azione dalla Finanza esercitata, e denunziando la violazione degli articoli 1289 del Cod. civ., 28 del Regio decreto 6 dicembre 1865 sul gratuito patrocinio, e 5 della posteriore legge 19 luglio 1880.

Destituito però d'ogni fondamento giuridico è il proposto gravame.

La condanna alle spese fu emessa, come si è visto, direttamente a favore dell'erario, come appunto ingiungeva il citato art. 28 del decreto organico sul gratuito patrocinio; ed all'erario non è certo opponibile in compensazione un credito che i condannati Fazio abbiano, non verso di lui, ma verso l'Alessandroni. Nè vale obbiettare che le spese furono anticipate per quest'ultimo riescito vittorioso nel giudizio. Imperocchè l'antistazione delle spese a debito non è già un mutuo che l'erario faccia alla parte povera, ma bensì adempimento di alta funzione sociale, qual'è quella di mantenere l'euguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, col dare a chi è privo di mezzi la possibilità di far valere l'apparente suo diritto. Quindi bene a ragione, in caso di vittoria di costui, la legge vuole che l'aggiudicazione delle spese si faccia direttamente a prò dell'erario, che l'ebbe erogate, e ben l'erario *iure suo*, e senza bisogno di sostituirsi al beneficiato del gratuito patrocinio, si rivolge per il rimborso contro la parte soccombente, essendosi da lei dato ingiustamente causa all'erogazione delle spese in parola; come ben *iure suo*, nella ipotesi dell'insolvenza del soccombente, può rivolgersi contro la stessa parte vittoriosa, essendosi in di lei locupletazione (*versio in rem*) convertita l'erogazione. Tutto ciò non implica, anzi esclude il concetto di qualsiasi surrogazione nei diritti della parte povera e di qualsiasi rappresentanza di costei da parte dell'erario.

Nè simile concetto può sorgere dall'obbligo che la Finanza, se la sentenza di condanna venga annullata, ha di restituire al soccombente la somma di spese da lei riscossa.

Imperocchè codesto obbligo nasce in tal caso non perchè sia venuto meno il credito dell'ammesso al gratuito patrocinio, ma per essere caduto il titolo costitutivo del credito della stessa Finanza, e divenuto per tal guisa un indebito la riscossione fatta dalla medesima.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

13 marzo 1907 n. 225

Baudana *Pres.* — Lago *Est.*

Iacovitti (avv. *C. Contino*) contro Giustini (avvocato *L. Minci*).

***E' inammissibile, stante la mancanza d'interesse, il ricorso per cassazione relativo a taluni capi di una sentenza, se la parte vittoriosa abbia, nella notifica di detta sentenza, già rinunciato agli effetti di cotesti capi* (1).**

(1) Secondo l'art. 36 cod. di rito, per proporre una domanda in giudizio o per contraddire alla medesima è necessario avervi interesse. Il procedimento, osservò già il WACH (*Handbuch des deut. civilproz.*) non può essere scopo a sè stesso, ma soltanto mezzo a conseguire l'attuazione di un diritto. E però, sog-

La Corte, ecc. — In diritto osserva che, dopo la sentenza si verificò un fatto, non comune negli annali giudiziari; giacchè la sentenza fu notificata sulla istanza dei coniugi Giustini-Duce il 30 luglio con le seguenti dichiarazioni emesse dall'avv. Lolli munito di speciale procura 29 luglio 1906 notaio Alfonsi, dichiarazioni verbalizzate dall'usciere e firmate dall'avv. Lolli, nei termini seguenti:

« Ho dichiarato ad essi coniugi Giustini Iacovitti che, ad evitare qualunque questione di ultra e contra petita, la istante Gaetana Giustini, debitamente autorizzata dal marito, rinunzia nel modo più ampio e formale agli effetti della sentenza del pretore di Civitella Roveto e di quella ora notificata del tribunale di Avezzano per quanto riguarda la condanna al rilascio dei due fondi oggetto del presente giudizio di divisione; con espressa dichiarazione che essa non si avvarrà mai di quella sentenza per chiedere il rilascio dei detti fondi, e solo chiederà la quota che ad essa spetterà nel giudizio di divisione, e quando questo sarà espletato.

« Che per quanto riguarda la data da cui debba incominciare il rendimento dei conti del fondo proveniente da Vincenzo Marcelletti (n. 500) essa istante accetta e ritiene ferma e giusta la data da essa stabilita nella prima istanza, cioè quella della morte della Mariantonia Piccinini avvenuta nel 29 giugno 1898, piuttosto che quella fissata dal tribunale 23 dicembre 1896, epoca della vendita simulata dalla Piccinini fatta al Conversi.

« Dopo queste dichiarazioni lascia alla responsabilità dei coniugi Iacovitti tutte le conseguenze di qualunque possibile gravame, che non avrebbe più ragione di essere al seguito delle fatte dichiarazioni e rinunzie. Avv. Antonio Lolli ».

E singolare che dopo una siffatta notificazione la difesa dei coniugi Iacovitti abbia tuttavia creduto di poter formulare efficacemente i dedotti mezzi di impugnativa, e che alla udienza, senza declinare un motivo qualunque, abbia potuto affermare che la Corte Suprema ne avrebbe dichiarata la nullità e ritratta dalla stessa ammissione della parte contraria la verità del reclamato annullamento della sentenza.

La Corte invece non trova nessuna nullità nè di sostanza, nè di forma che infetti o la procura o la seguita notifica della sentenza. La procura all'avv. Lolli è fatta coll'autorizzazione del marito; e se in essa è scritto: «che non potendo essa Gaetana Giustini sottoscrivere l'atto contenente tali dichiarazioni e rinunzie perchè analfabeta, così col presente atto conferisce pieni poteri al suo procuratore avv. Antonio Lolli per accettare in suo nome e per suo conto tutte le dichiarazioni, rinunzie e sottomissioni relative ritenendo tutto per certo e fermo senza bisogno di ulteriori ratifiche », dal complesso dell'atto però non può dubitarsi che la sua intenzione era precisamente quella che l'avvocato ha mandato ad effetto emettendo e notificando la dichiarazione sovra riferita.

Per effetto della quale la Gaetana, dispositrice ed arbitra di quanto rientrava nella sua sfera giuridica di azione, ha liberamente e legittimamente abbandonato i diritti che le provenivano dalle due sentenze in discorso; ciò ha fatto in modo assoluto senza condizione di sorta, la quale dovesse essere accettata dalle parti a lei avverse, verso le quali erano le rinunzie dirette; e queste invece immediatamente ne dovettero approfittare in ragione della naturale libertà di diritto che investe, nello istante in cui è compiuta la rinunzia, chiunque venga legittimamente liberato da un vincolo od obbligazione nascente da sentenza od altro titolo che dal suo titolare sia stato rinunziato; tanto più che la stessa rinunzia nel caso sarebbe stata notificata al debitore e sarebbe divenuta anche per ciò stesso maggiormente irrevocabile.

E' infatti conforme a ragione che qualunque diritto si possa perdere, estinguere, annientare per l'abbandono volontario, risoluto, operato dal proprietario di esso, pur che questi abbia personalmente la liberissima facoltà di disporre e quantunque non vi si aggiunga la adesione altrui.

Sarebbe inconcepibile che un diritto meramente privato potesse sussistere e vivere,

giunge lo STEIN (*Die voraussetzungen des Rechtsschutzes*, pag. 15), la protezione che lo Stato accorda al diritto deve corrispondere ad un bisogno vero ed effettivo dell'attore, che deve per conseguenza dimostrare di avere interesse a chiederlo per aver diritto ad ottenerlo.

quando è cessato in modo assoluto e svanita la volontà di tenerlo nel soggetto cui appartiene.

Confrontati poi i cinque mezzi sovra trascritti col tenore della notificazione, è troppo evidente che tutti si trovano investiti dalla preventiva rinunzia, e, venendo a cessare il gravame, cessa altresì il diritto a farne reclamo mancando la materia del contendere.

La Gaetana Giustini con l'autorizzazione del suo marito ha rinunziato a tutto ciò che potesse prestarsi all'impugnativa di irregolarità nell'ordine di consegna degli stabili quale fu dato dalle sentenze e che avrebbe potuto in qualsiasi guisa costituire gravame di rimpetto ai coniugi Iacovitti; dunque contro questa rinunzia cadono i mezzi secondo, terzo e quinto, anche rimpetto al Iacovitti marito. che continuerà nei possessi in cui si trova dei due stabili sino ad espletata divisione; ha pure rinunziato al decorrimento dei frutti dal tribunale assegnato, e con ciò cade l'impugnativa del primo mezzo; non sarebbe poi accoglibile il quarto mezzo perchè nella sua prima parte suppone precisamente il rovescio di quello che fu constatato in tutta la causa; giacchè, mentre la ricorrente afferma che non mai fu posta in dubbio la buona fede del possesso dei Iacovitti, la verità vera è invece in senso opposto, perchè dice la sentenza che il possesso in cui si trova il Giovanni Iacovitti dello stabile n. 500 è viziato fin dall'origine perchè *a non domino* per effetto di cosciente simulazione, e quello del mappale 512 egualmente, perchè da loro ritenuto non ostante che sia già stato da loro stessi bonariamente diviso: la Barbera e marito ritennero volontariamente presso di loro la quota parte intestata al marito della sorella; quanto alla seconda parte del mezzo quarto, la sentenza ha espressamente riservato per la discussione avanti al notaio tutte le questioni secondarie, così anche quelle delle possibili compensazioni tra condividenti.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

23 marzo 1907, n. 256

Pagano *Pres.* — Niutta *Est.*

Gucci-Boschi (avv. *G. Guarini*) contro Gaddi (avv. *A. L. Ferreri*) ed altri.

L'azione di rescissione per causa di lesione non è sperimentabile di fronte ad una cessione di ragioni ereditarie contestate e soggette all'alea di un giudizio (1).

Le transazioni non possono impugnarsi per causa di lesione (2).

La frode, di che all'art. 1040 *cod. civile, consiste nell'inganno (non già nell'errore) in cui sia indotto il cedente di un diritto ereditario con l'occultargliene il vero valore, ben conosciuto, per converso, dal cessionario* (3).

La Corte ecc. — Osserva *in fatto* che nel 1778 Ippolita De Magistris venne a transazione coi propri zii, Simone e Superio De Magistris, intorno alla pertinenza di certi beni situati nel Comune di Sezze, dichiarando essa Ippolita di rinunziare in favore dei detti suoi zii ai diritti di proprietà che ella aveva accampati su quei beni come unica erede di suo padre Antonio; senonchè subordinava cotesta rinunzia alla condizione che tanto Superio quanto Simone, morendo, lasciassero figliuoli, mentre, verificandosi il caso opposto, riservavasi di far valere i diritti rinunziati. Che, morto Simone che era sacerdote, ne raccolse la eredità il fratello Superio, il quale, venuto pur lui a morte, dispose per testamento dei beni di Sezze in favore della propria moglie Giacinta Pacifici, e questa a sua volta li lasciò ad uno Istituto da fondarsi nel medesimo Comune di Sezze sotto il nome di Pacifici De Magistris.

Che erano intanto succedute a Ippolita le figliuole Laura ed Agata, la prima maritata al conte Gaddi, e la seconda al conte Stefano Gucci.

Che Giovanni Gucci Boschi, nato da una figliuola di Agata, si avvisò di far valere in giu-

(1-3) Dell'anteriore causa sostenuta dal Gucci-Boschi per rivendicazione di diritti ereditari, causa ricordata nella sentenza che commentiamo, giova citare la decisione 10 giugno 1905 della Cass. Roma, NIUTTA est., in *Giur. ital.* 1905, 1, 1, 919 con breve nota illustrativa.

Sulla prima e terza massima si vegga in conformità la sentenza dell'A. Lucca 30 aprile 1877, *Giur. ital.*, 1877, 1, 2, 250. Altra importante sentenza sull'argomento è quella della Cass. Napoli 3 dicembre 1881, estesa dall'illustre senatore SANTAMARIA (vedi *La giur. sul Cod. civ.*, Roma, 1892, vol. II, parte I, sotto l'articolo 1040, n. 3). Cfr. anche G. PIOLA, in *Digesto italiano*, voce *Successioni* (II,

dizio come erede della medesima i diritti che la mentovata sua ascendente Ippolita De Magistris si era riservata nel surindicato istromento per la rivendica dei beni di cui aveva fatta rinunzia in favore di Simone e di Superio De Magistris, laddove costoro morissero senza prole, siccome erasi verificato.

Che, volendo con tale intento raccogliere in sè anche i diritti che potessero spettare per il medesimo oggetto agli altri discendenti o eredi di Ippolita, con istromento del 10 ottobre 1896 ottenne da Francesco e Giovanni Battista Gaddi e da Vincenzo, Angela e Luisa Grecchi la cessione di ogni diritto, ragione ed azione, che ai cedenti fosse per competere sui beni anzidetti, che erano posseduti dall'Istituto fondato col testamento di Giacinta Pacifici.

Che il prezzo di tale cessione fu stabilito nella somma complessiva di lire 15,000 dichiarandosi nel contratto di essersi tenuto conto della incertezza della lite da promuoversi e di non assumere i cedenti alcuna garanzia dell'esito delle azioni cedute.

Che, ottenuta siffatta cessione, Giovanni Gucci Boschi promosse il giudizio di rivendicazione contro l'Istituto De Magistris, e dopo varie vicende, che ebbe la lite, riuscì pienamente vittorioso, avendo una sentenza in data 27 luglio 1900, pronunziata in grado di rinvio dalla Sezione di Perugia della Corte di Ancona, dichiarato che fossero ritornati in pieno dominio d'Ippolita De Magistris e quindi del mediato suo erede l'attore Giovanni Gucci Boschi tutti i beni su cui cadeva la controversia.

Che però, non tosto il Gucci Boschi entrò nel possesso dei beni rivendicati, gli mosse lite il conte Francesco Gaddi, il quale fu uno di coloro che col suindicato contratto gli fecero cessione dei diritti e ragioni che potevano anche ad essi spettare sui beni stessi.

Che sosteneva il Gaddi di essersi posto in essere colla detta cessione un atto diretto a far cessare una comunione di beni ereditarii, e che come tale esso era impugnabile per lesione, essendo il valore dei diritti ceduti di gran lunga superiore al prezzo pagato, oltrechè l'atto medesimo era viziato dal dolo e dalla frode adoperata dal Gucci in danno di esso cedente.

Che, istituito all'uopo il giudizio presso il tribunale di Velletri, questo ebbe a rigettare l'istanza proposta dal Gaddi, ma la Corte di appello di Roma giudicò invece che fosse proponibile l'azione di rescissione intentata contro l'atto di cessione, ed ammise un interrogatorio ed ordinò una perizia per stabilire se vi fosse lesione oltre il quarto.

Che però la sentenza della Corte fu annullata da questo Supremo Collegio in seguito a ricorso di Giovanni Gucci Boschi per questa principale considerazione, che la Corte di merito in tanto aveva ammessa l'azione di lesione, in quanto aveva ritenuto che la scrittura dei 10 ottobre 1896 contenesse un atto inteso a far cessare fra i coeredi la comunione degli effetti ereditarii a' termini dell'articolo 1039 del Codice civile, mentre invece trattavasi di vendita del dritto ereditario fatta a' sensi del seguente articolo 1040 ad uno dei coeredi, indipendentemente da ogni riguardo alla consistenza, quantità e valore de' cespiti ereditarii, che neppure si trovavano nel possesso di alcuno degli eredi, ma erano posseduti da un terzo contro il quale conveniva che fossero rivendicati con apposito giudizio, il cui esito era al tutto incerto al tempo dell'intervenuta cessione.

Che, rinviata la causa alla Corte di appello di Ancona, questa con sentenza del 28 gennaio 1905 giudicò che, riscontrandosi nella specie la ipotesi della cessione del dritto ereditario contemplata dall'articolo 1040 del Codice civile, la rescissione per causa di lesione non poteva essere ammessa, tranne che la vendita fosse avvenuta con frode, ma poichè il Gaddi aveva chiesto di provare che appunto la frode era stata commessa in suo danno, così, riservando ogni giudizio sul merito, ammise una inchiesta testimoniale intorno ad una serie di fatti specificati dall'istante in appositi capitoli e diretti in sostanza a dimostrare come egli nel-

---

Azioni ereditarie, n. 85, con larghi richiami).

Sulla seconda massima può consultarsi, da ultimo, l'A. Torino 30 giugno 1905, *Giur. tor.*, 1906, 207, inspirata agli identici principi — e del resto la lettera dell'art. 1772 Cod. civ. non ammette la possibilità di discussioni in diverso senso.

La decisione della Cass. Roma che dispose il rinvio alla Corte di Ancona nella lite, cui si riferisce la sentenza qui pubblicata, è quella in data 30 gennaio 1904, est. CAPOTORTI, e può leggersi nella Raccolta della *Giurisprudenza italiana*, dove è riportata a col. 612, I, 1 dell'annata 1904.

l'atto della cessione fosse in errore e in piena ignoranza circa il real valore dei beni a cui riferivansi i dritti e le azioni cedute, mentre invece l'altra parte ne aveva perfetta conoscenza.

Che Giovanni Gucci Boschi ha proposto ricorso contro questa sentenza indirizzandolo alle Sezioni unite, le quali con sentenza di pari data lo hanno dichiarato di competenza esclusiva della Sezione civile.

Che col primo dei dedotti quattro motivi di annullamento si duole il ricorrente di aver la Corte ritenuta ammissibile l'azione di lesione proposta dal Gaddi senza punto darsi carico di esaminare, se, contenendo quel contratto una cessione di dritti ereditarii che erano litigiosi, potesse farsi luogo ad indagini dirette a stabilire che il prezzo, onde furono dalle parti valutati cotesti dritti, fosse inferiore almeno di un quarto al valore reale, in modo da risultarne per il cedente una lesione capace di far rescindere il contratto.

Che non può dubitarsi del giusto fondamento di cotesta censura, imperocchè la Corte, facendosi a discutere se potesse trovare ingresso la domanda di rescissione per la detta causa, si è fermata alla sola considerazione che, quando trattasi di vendita di diritto ereditario, la rescissione è esclusa dall'articolo 1040 semprechè la vendita sia stata fatta senza frode a rischio e pericolo del coerede acquirente, ma poichè nella specie allegava il Gaddi che frode vi era stata segnatamente per essergli stato occultato il vero valore dei diritti ereditari, così è parso alla Corte di non poter trovare ostacolo la prova all'uopo dedotta.

Che in tal guisa la Corte ha trascurato del tutto le deduzioni del Gucci Boschi il quale assumeva che nella presente congiuntura, indipendentemente dall'alea che accompagna sempre la cessione di ragioni ereditarie, l'alea sorgeva dalla condizione speciale in cui trovavansi coteste ragioni, le quali tanto per il coerede cessionario, quanto per il coerede cedente non avevano alcun fondamento sicuro ma dipendevano dall'esito di un giudizio che era ancora da intentare, ed il giudizio doveva consistere non solo nella rivendicazione di cespiti posseduti da terze persone, e che indubbiamente appartenessero alla eredità, bensì nella dimostrazione che coloro che si facevano a pretenderli come eredi di Ippolita De Magistris avessero in tale qualità un titolo prevalente, atto ad annullare l'opposto titolo in forza del quale i beni stessi erano venuti nel possesso di un terzo.

Che ora, egli è manifesto che altra cosa è la cessione che un coerede faccia all'altro coerede del proprio dritto ereditario, quando il dritto sia fuori controversia e l'incertezza cada soltanto sulla entità e sul valore materiale di esso diritto; altra cosa è la cessione che si faccia di ragioni ereditarie soggette a contestazioni, per far valere le quali sia mestieri correre l'alea di un giudizio.

Che in cotesto secondo caso l'azione di rescissione per causa di lesione trova un ostacolo nella *impossibilità di stabilire il giusto prezzo* o il più esatto valore che poteva avere il dritto ceduto, tornando del tutto vana la ricerca della reale consistenza del patrimonio ereditario per ragguagliare ad esso il prezzo convenuto per la cessione del relativo diritto, se, nell'atto in cui questa avveniva, il ricupero del patrimonio stesso non era che una speranza o meglio un calcolo fondato sulle probabilità dell'esito di una lite che dovevasi all'uopo intentare.

Che tanto più tornava indispensabile l'esaminare la questione dell'ammissibilità dell'azione sotto l'accennato aspetto, che nella sentenza trovavasi rilevato, come nella scrittura di cessione avessero le parti espressamente dichiarato di essersi tenuto conto, nella determinazione del prezzo, *dell'esito incerto della lite* che il Gucci Boschi intendeva promuovere, e la stessa Corte non ha esitato a riconoscere il carattere assolutamente aleatorio che a causa della litigiosità del dritto ceduto aveva il contratto in discorso, anzi ha definita un'avventura la lite che il Gucci Boschi si avvisò di muovere all'Istituto De Magistris, volendo con ciò significare la incertezza di quel giudizio che fu lungo e di non facile indagine e in sulle prime del tutto sfavorevole all'attore, come è notato nella sentenza.

Che quindi giustamente si è dedotto nel ricorso di essere la Corte riuscita ad una conclusione che manca di logica connessione colle sue premesse, quando, dopo avere stabilito che la cessione era caduta su di un dritto ereditario litigioso, ha finito per considerarlo come se non fosse suscettivo di alcuna contestazione, risolvendo la quistione dell'ammissibilità dell'azione di rescissione sotto l'aspetto dell'inganno in cui il cedente potè cadere circa il valore dei beni che erano obbietto di quel

diritto, quasichè al momento in cui si stipulava il contratto di cessione i beni si trovassero già nella libera disponibilità dei contraenti e non facesse mestieri per rivendicarne la pertinenza *di tentar l'alea di un giudizio*, il cui risultato sfavorevole o propizio doveva tornare per forza stessa della convenzione in danno o vantaggio esclusivo del cessionario, onde *non era possibile alcun giudizio di valutazione* circa la convenienza del *prezzo pattuito* per la cessione, ponendolo a ragguaglio di ciò che il Gucci Boschi venne a conseguire soltanto in seguito al fortunato evento di una lite che, ove gli fosse riuscita contraria, avrebbe lasciate a suo carico tutte le conseguenze della averla inutilmente promossa.

Che anche a ragione si duole il ricorrente di aver la Corte del tutto trascurata un'altra eccezione che egli opponeva alla domanda di rescissione del contratto del 1896, per doversi ravvisare nel medesimo eziandio il carattere di una *transazione* che rendeva inammissibile la detta azione.

Che invero, sebbene il Gucci Boschi si fosse fatto a rivendicare i beni dopo la ottenuta cessione nella qualità di erede d'Ippolita De Magistris, qualità che aveva comune co' cedenti, nulladimeno egli pretendeva di aver dritto su quei beni *per un titolo suo proprio* che escludeva almeno riguardo ad una parte di essi ogni partecipazione degli altri eredi d'Ippolita De Magistris, il titolo cioè di prossimo chiamato ad un fedecommesso costituito sui beni medesimi, e che il Gucci Boschi sosteneva di essersi ripristinato e poi risoluto a tutto suo vantaggio in forza delle ultime leggi eversive di simili istituzioni.

Che nella scrittura di cessione fu fatta menzione di cotesta pretesa e si disse che i cedenti trasferivano ogni diritto, ragione ed azione potesse loro competere su' beni da rivendicarsi, sia che essi avessero a riguardarsi come rimasti liberi dal vincolo fidecommessario ovvero come nuovamente affetti da tal vincolo in virtù del ripristinamento delle istituzioni fidecommessarie avvenuto in forza del Motuproprio di Pio VII.

Che ora deduceva il Gucci Boschi innanzi alla Corte di rinvio che cotesta clausola importava *una transazione* che nel medesimo atto di cessione intervenne intorno alle sue pretese fidecommessarie le quali sarebbero valse ad escludere ogni dritto de' cedenti su' beni che si potessero ritenere soggetti al fedecommesso; sicchè l'azione di lesione riusciva inammissibile anche per questo verso, essendosi ceduto *non solo un diritto ereditario, che era litigioso* rispetto a' terzi, ma che era soggetto *a contestazione ne' rapporti delle medesime parti contraenti* le quali nello stipulare la cessione intesero in pari tempo *transigere* sulle pretese del Gucci intorno alla qualità fedecommessaria de' beni.

Che sopra coteste deduzioni la Corte ha omesso del tutto di motivare, mentre, ove nel contratto in disputa avesse potuto riscontrarsi anche la figura di una transazione, la proposta azione di rescissione per causa di lesione avrebbe trovato un ostacolo anche nella disposizione dell'articolo 1772 del Codice civile.

Che col secondo mezzo si censura la sentenza perchè ritenendo ammissibile l'azione di rescissione del contratto di vendita di ragioni ereditarie, quando vi fosse stata frode a' termini dell'articolo 1040 del Codice civile, non ha avuto la ragione esatta della frode di cui nel citato articolo si è inteso parlare, ma la ha confusa col dolo il quale può essere causa di nullità di ogni contratto, mentre la frode che può dar luogo alla rescissione del contratto di cessione del dritto ereditario debba avere, secondo il ricorrente, un carattere del tutto particolare che si verifica quando, sotto le parvenze di tal contratto, che è per sua natura aleatorio, si è in realtà posto in essere un atto avente per obbietto di far cessare tra i coeredi la comunione degli effetti ereditarii nel senso del precedente articolo 1039.

Che un simile appunto non può dirsi fondato, imperocchè guardando a' fatti di cui è stata ammessa la prova si scorge manifestamente come secondo il concetto della Corte la frode sarebbe consistita nell'inganno in cui il cedente fu indotto, coll'essergli stato occultato il vero valore dei dritti ceduti, mentre della loro effettiva importanza il Gucci Boschi aveva una sufficiente notizia.

Che in tal guisa il Gucci avrebbe acquistato il dritto del coerede senza andar incontro ad alcun rischio o pericolo, ed invece si sarebbe dall'altra parte addivenuto al contratto nell'opinione di cader esso sopra ragioni che non lasciavano scorgere, nello stato attuale della loro incertezza, le utilità o i danni che nell'ultimo risultato fossero per presentare.

Che non può cader dubbio che, ove, per opera di colui che ottenne la cessione del dritto dell'altro coerede, si fosse verificata una si-

mile condizione di cose, avrebbe commessa quella frode da cui deve andare scevro ai sensi dell'articolo 1040 il contratto di cessione del dritto ereditario per potere sfuggire alla impugnativa di lesione.

Che per converso appariscon giuste le censure contenute nel terzo mezzo col quale si addebita alla Corte di non aver, neppure secondo i termini a cui essa ha ridotta la questione, convenientemente motivato sulla rilevanza di fatti de' quali ha ammessa la prova, lasciando nel dubbio e nell'incertezza il punto principale che *doveva essere messo in rilievo*, che cioè *l'ignoranza, l'errore* in cui sarebbesi trovato il Gaddi circa il valore del ceduto dritto ereditario *fosse stato effetto di raggiri ed inganni* adoperati verso di lui dal Gucci Boschi per indurlo ad una cessione alla quale altrimenti non avrebbe acconsentito.

Che giustamente osserva il ricorrente che senza il provato concorso delle male arti usate a questo effetto dal cessionario, *il solo fatto* che l'altro coerede fosse *caduto in errore* intorno alla consistenza del patrimonio ereditario non potrebbe costituire il giuridico fondamento dell'azione di rescissione, la quale, se è ammessa eccezionalmente dalla legge anche nell'ipotesi contemplata dall'articolo 1040 quando vi sia stata frode, non può rinvenire alcuna legittima ragione che valga a giustificarla *nell'ignoranza o nell'errore* in cui il coerede che ha alienato il suo diritto si fosse trovato *per non aver fatto più avvedute indagini sulla estensione e sulla importanza che poteva avere.*

Che la Corte si è limitata a dichiarare concludenti i proposti capitoli di prova, escludendone taluni che ad essa parvero di non accennare a fatti specifici di raggiri ed inganni, senza però dimostrare o rilevare che cotesti raggiri ed inganni risultassero dalle altre proposizioni di cui essa ha creduto di dover ammettere la prova.

Che un'indagine preliminare sull'utile effetto che dalla inchiesta testimoniale sarebbe potuto risultare era tanto più necessaria, che versavasi in argomento in cui, essendo ammessa in via affatto eccezionale la impugnativa per lesione, occorreva che fossero rigorosamente determinati, in relazione alla causa giuridica che a tale impugnativa poteva dar luogo, gli elementi di fatto nei quali sarebbesi venuta concretando: e il Gucci Boschi, nella sua comparsa conclusionale aveva presentata una larga e particolareggiata esposizione, *avvalorata anche da documenti*, delle ragioni che nel suo avviso rendevano inutile per l'intento a cui mirava l'attore la dimostrazione degli assunti enunciati nei formulati capitoli di prova.

Che quanto alle censure contenute nel quarto mezzo debbono reputarsi prive di fondamento, imperocchè con esse si pretende di aver la Corte errato nel ritenere di non potersi sollevare nel presente giudizio la quistione circa il diritto esclusivo che spetterebbe al Gucci Boschi sui beni rivendicati, per aver i medesimi formato oggetto di un fedecommesso scioltosi a vantaggio di lui che era l'ultimo chiamato a goderne.

Che mal si addebita alla Corte di aver prematuramente interloquito su tale quistione, essendo invece necessario che fosse fin da ora risoluta, tostochè il Gucci Boschi opponeva la detta sua pretesa come un ostacolo all'azione di rescissione proposta dal Gaddi quale avente diritto su quei beni a titolo di erede di Ippolita De Magistris.

Che faceva poi la Corte un esatto giudizio respingendo l'eccezione stessa come estranea all'obbietto di questa controversia e come inconciliabile con ciò che ne costituiva il necessario presupposto; imperocchè se la domanda del Gaddi era diretta ad ottenere la rescissione del contratto di cessione, e se questo contratto aveva avuto per obbietto il diritto ereditario di esso Gaddi sui beni che il Gucci Boschi ebbe poscia a rivendicare in forza del medesimo titolo di erede, era vano opporre ad una simile domanda una pretesa il cui effetto sarebbe stato di annullare quel diritto che fu pur riconosciuto col medesimo atto di cessione, ed era il necessario fondamento, dovuto ammettere da entrambe le parti, per potersi stipulare il trasferimento delle ragioni che ne dipendevano dall'uno all'altro coerede.

Che per le esposte considerazioni il ricorso deve essere accolto riguardo al primo e al terzo mezzo annullandosi in correlazione ai medesimi la impugnata sentenza.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

3 aprile 1907, n. 285

Pagano *Pres.* — Baudana *Est.*

Coccetti (avv. *F. Garbini* e *V. Scialoja*) contro Comune di Montecompatri (avv. *L. Landucci* e *P. Martini*).

E' nulla la sentenza alla cui deliberazione abbia preso parte un giudice meno anziano tra quelli presenti all'udienza, nominato relatore dopo la discussione della causa (1).

La Corte ecc. — Niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali (art. 71 dello Statuto fondamentale del Regno). A questo precetto d'ordine pubblico pur troppo non sempre i magistrati annettono importanza, nè l'osservano, tanto che di quando in quando questo Supremo Collegio ha dovuto censurare in proposito parecchie sentenze.

Quali dovessero essere nella specie i giudici naturali è stabilito dagli articoli 264 e 273 del regolamento generale giudiziario.

« Qualora in un Tribunale o in una Corte di appello vi sia un numero di giudici o consiglieri, maggiore di quello richiesto per giudicare, si astengono i meno anziani. Quando però uno di questi fosse il relatore, voterà egli invece dell'ultimo che altrimenti avrebbe dovuto votare ».

Siffatta disposizione trovasi in armonia col codice di procedura civile, là dove prescrive che il numero dei votanti deve essere quello stabilito dalla legge sull'ordinamento giudiziario (art. 357 capov.) e che il primo a votare è il meno anziano in ordine di nomina, e così continuando fino a chi presiede; quando la relazione della causa sia fatta da uno dei giudici, il primo a votare è il relatore (art. 358 capov. ult.).

La legge parla di relatore della causa; e la relazione si fa in principio della discussione o dal giudice o consigliere nominato, ovvero dalle parti (art. 349); dopo la relazione i difensori delle parti leggono le conclusioni, e poi svolgono succintamente le ragioni su cui sono fondate (art. 350); finita la discussione, i procuratori consegnano al cancelliere gli atti della causa (art. 352). Tutto questo fu regolarmente osservato, come risulta dal relativo certificato del cancelliere.

Ma poi il presidente dichiarò in udienza che la causa fu messa in decisione ed assegnata al consigliere Palladino.

Questa dichiarazione non è richiesta da alcuna disposizione di legge; quindi non può avere effetti giuridici, e molto meno può elevare al grado di relatore della causa, mentre, per legge, dopo la discussione, non si nomina più alcun relatore e i giudici devono deliberare subito o in una delle prossime udienze (art. 356).

Può avvenire che per un legittimo motivo di astensione, di malattia, di soverchio lavoro, un magistrato debba essere sostituito da altro meno anziano di lui, ma in tali casi, e quando sia necessario, il capo del Collegio provvederà, pur evitando che non sorga, nè possa sorgere il sospetto che arbitraria o illegittima sia la sostituzione in ispreto al diritto dei contendenti d'essere giudicati dai loro magistrati naturali.

Tale è la giurisprudenza di questo Collegio. Or la sentenza impugnata è sottoscritta da un consigliere meno anziano che la estese, ma che non fu relatore della causa in udienza, e non risulta, nè si è addotto alcun motivo per escludere il consigliere più anziano; quindi, senza uopo esaminare gli altri motivi del ricorso, la sentenza deve essere cassata.

Per questi motivi, ecc.

---

(1) E' meraviglioso come la magistratura continui a battere il capo contro il regolamento generale giudiziario. I lettori del *Palazzo* conoscono da tempo le nostre idee sull'argomento (cfr., da ultimo, la annata 1906, pag. 11-12): dalla nostra parte è pur l'indiscutibile autorità del prof. MORTARA (insisteremo sempre a qualificarlo col titolo che meglio gli conviene) che consentì in queste colonne la pubblicazione di una sua dotta nota, inserita nella stessa annata, pagina 193-197.

Con la sentenza che ora pubblichiamo concorda in termini l'altra 6 agosto 1906, est. CANNAS (in questa Raccolta, 1906, 530).

Sullo stesso argomento vedi più innanzi, pag. 220.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

3 aprile 1907 n. 284

Pagano *Pres.* — Niutta *Est.*

Société des Carbures Métalliques (avv. *A. L. Ferreri* e *E. Bosio*) contro Tassara ed altri (avv. *C. Fani* e *M. Amar*).

Sempre quando non provi essergli stato impossibile, per causa non a lui imputabile, di attivare la propria invenzione, il titolare del brevetto, sia pur d'altra Nazione, decade dal suo diritto, trascorso il biennio prefisso dalla legge italiana (1).

Il fatto che taluno abbia usurpato l'invenzione, attuandola per suo conto, non salva il titolare del brevetto dalla suddetta decadenza (2).

La Corte, ecc. — Mal si avvisa la ricorrente di poter giustificare il suo assunto colla locuzione adoperata nell'articolo 58 della nostra legge sulle privative industriali, il quale, a differenza del corrispondente articolo della legge francese del 3 luglio 1844, che dichiara decaduto da ogni diritto il brevettato, che non attuerà la sua scoperta entro due anni, proclama invece la sua decadenza in termini impersonali col dire che l'attestato cessa di essere valido, se la invenzione o scoperta non fu praticata entro due anni.

Che, lasciando pur da parte l'argomento che la Corte ha creduto di trarre per spiegare la detta differenza di locuzione dal fatto di non offrire la lingua italiana una parola corrispondente a quella francese di brevettato, certo si è che non essersi la legge italiana dipartita dal concetto espresso in quella già prima vigente in Francia è reso manifesto, come giustamente è rilevato nella sentenza, dalla eccezione fatta dal medesimo articolo 58 alla regola della decadenza per mancata attuazione, quando l'inazione sia stata effetto di cause indipendenti dalla volontà di colui o di coloro a cui l'attestato appartiene.

Che se dunque il possessore del brevetto è ammesso a provare, al fine di sfuggire alla decadenza, che la mancata attuazione nel termine stabilito non sia imputabile a fatto o colpa propria, ma a cause che non possono essere a lui addebitate, torna evidente l'obbligo che gli è imposto di mettere in pratica l'invenzione o la scoperta dell'opera sua personale, dovendo egli dimostrare che ciò non gli fu possibile per cause estranee alla sua volontà, nel qual caso la legge viene in soccorso di lui col prorogare la validità della privativa.

Che la legge, assegnando il termine di due anni per attuare la invenzione, ha ritenuto essere questo spazio di tempo bastevole per superare gl'impedimenti e le difficoltà che lo inventore possa incontrare nell'applicazione pratica del suo trovato, ond'è che, trascorrendo inutilmente quel termine, sorge la presunzione che o alla privativa siasi inteso rinunziare, ovvero che di essa si voglia fare un mezzo per defraudare l'industria nazionale dei benefici di un'utile scoperta che poteva essersi attuata anche nel regno.

Che ragioni diverse da queste non valgono a spiegare la comminata decadenza, la quale mal si farebbe dipendere dalla presunzione di inutilità di una scoperta, che non sia stata attuata dentro un dato termine; giacchè in questo caso sarebbe stata una cauzione al tutto vana il colpire di decadenza un brevetto diventato inutile per forza stessa delle cose, atteso il nessun profitto o la nessuna possibilità di attuare la pretesa scoperta o invenzione, per cui fosse stato rilasciato.

Che quanto poi all'attuazione che si facesse del trovato per parte di terze persone, ben si è avvisata la Corte di merito nel ritenere di essere al tutto assurdo che, a salvare il possessore del brevetto dalla decadenza, comminata per la sua inerzia, possa essere invocata la usurpazione, che altri ne abbia fatto applicando la invenzione per proprio conto, come se nessuna privativa esistesse.

(1-2) La prima sentenza avutasi in questa importante lite, cioè la sentenza 4 agosto 1905 del Trib. civ. Roma, est. COLA, può vedersi nella presente Raccolta, anno 1905, pag. 475, con nota di richiami.

Ci sfuggì, invece, la decisione 24 aprile 1906 della superiore Corte di appello, est. MOSCA, di maniera che siamo costretti a rinviare per essa i lettori al *Foro italiano*, anno 1906, 1, 958 (con richiami).

Sull'argomento scrive (*et pour cause*, diciamolo senza ambagi) il prof. M. AMAR alcune osservazioni che sotto il titolo: « Sull'obbligo dell'attuazione nelle invenzioni industriali » trovansi riprodotte dalla *Legge*, anno 1906, 1639-1659. Cfr. anche l'ultima opera del BOSIO.

Che, ove ciò si verifichi, tre ipotesi possono accadere: la prima, che il possessore del brevetto abbia acconsentito all'uso della sua invenzione e in tal caso nessuna questione può sorgere; la seconda, che egli abbia senza alcuna opposizione o pretesa lasciato che altri ponesse a profitto la invenzione che gli appartiene, e questa tolleranza congiunta alla propria inazione non potrebbe significare altro che una volontaria rinunzia al diritto di privativa; la terza, che il possessore del brevetto si faccia a reclamare il suo diritto per impedire l'usurpazione commessa mediante la contraffazione o la imitazione del trovato garantito dal privilegio.

Che in quest'ultima ipotesi non s'intende come possa reputarsi attuazione della scoperta, che valga a salvare il possessore del brevetto dalla pena della decadenza, il fatto di essere stata messa in opera contro il volere di lui, quando egli, senza nulla fare dal proprio canto per attuarla, è sorto invece per combattere e per fare annullare l'esecuzione che comunque se ne fosse tentata da altri.

Che la ricorrente, così innanzi ai giudici di merito, come nel presente suo gravame ha creduto che i principali argomenti a sostegno del suo assunto, di non richiedere la legge del 1859 l'opera personale del possessore nell'attuazione del suo trovato, si rinvengono nelle ragioni adotte in proposito nella relazione che accompagnò il disegno della legge quando fu presentato al Parlamento.

Che oltre però a non poter mettere alcun conto quel che si fosse detto in quel documento, e che, se guardata la disposizione in tutto il suo tenore, non può ad essa attribuirsi il concetto che si vuol desumere dalle opinioni espresse negli atti parlamentari, certa cosa è che nell'allegata relazione nulla si rinviene che valga a dimostrare di essere stato intendimento dei compilatori della legge, che la decadenza del brevetto potesse essere evitata anche quando l'invenzione, senza nessuna opera personale del suo possessore, fosse stata attuata da altri.

Che la legge del 1859, come riconosce la stessa ricorrente, fu modellata su quella già da lungo tempo vigente in Francia, e non era possibile che, volendosi sul punto in disputa accogliere un principio diverso da quello della legge presa come esemplare, non fossero espresse le ragioni della innovazione che intendevasi adottare riguardo ad un argomento di tanta importanza in materia di attestati di privativa.

Che debbesi quindi ritenere di avere la Corte fatta una giusta interpretazione dell'art. 58 della legge sulle privative industriali circa la inazione che dà luogo alla decadenza del brevetto, e non è a parlare di difetto di motivazione in cui sia incorsa la sentenza per aver risposto alle ragioni addotte dalla società, con un argomento filologico di nessuna importanza, quando nella sentenza stessa trovasi ampiamente dimostrato il principio accolto con molte altre ragioni che rendono del tutto superflua quella desunta dalla difficoltà di trovare una parola adatta a denotare il possessore del brevetto per dichiarare incorsa da lui la decadenza, anzichè dire in forma assoluta che l'attestato cesserà di essere valido se la invenzione non fu praticata per due anni.

Che col secondo mezzo la ricorrente si duole di avere la Corte del tutto trascurata la considerazione sulla quale essa la richiamava, avvalorandola con quanto al riguardo fu detto nella relazione parlamentare, che cioè, soventi l'inventore che ha ottenuto il brevetto non è in grado di attuare lui stesso la sua invenzione, per non esser pratico del mestiere o dell'industria a cui l'invenzione stessa deve servire, onde non sarebbe giusto pretendere che l'attuazione ne venisse fatta da lui personalmente.

Che un simile argomento, se era addotto per dare alla legge la interpretazione sostenuta dalla ricorrente, non aveva bisogno di alcuna particolare confutazione, essendo manifesto che colui il quale ha ottenuto il brevetto, ove egli non abbia modo di impiantare l'industria che deve avvantaggiarsi del suo trovato, può bene cederlo ad altri che trovisi in condizione di poter ciò fare; mentre d'altra parte è del pari evidente che, se per la detta ragione il brevetto fosse destinato a rimanere in perpetuo senza frutto per chicchessia, nessuno potrebbe dolersi della perdita di una privativa incapace di arrecare alcuna utilità.

Che la ricorrente ha poi invocato anche qui fuor di proposito la relazione onde fu accompagnato il disegno di legge, imperocchè apparisce chiaramente dal luogo citato di detta relazione che l'ipotesi ivi fatta di un inventore che, per non essere meccanico o industriale, non sappia e non possa dare coll'opera sua personale pratica attuazione al suo trovato, non ebbe per iscopo di scusare l'inazione in

cui il possessore del brevetto fosse per rimanere durante due anni dal rilascio dell'attestato, ma si volle, adducendo quell'esempio, rispondere a coloro che sostenevano di essere in generale privo di ogni giusta ragione il monopolio dei brevetti di invenzione perchè, nel loro parere, l'inventore trovava già una sufficiente rimunerazione nei profitti che era per ricavare dalla applicazione che avrebbe potuto fare della sua invenzione, al che fu opportunamente risposto nella relazione che spesso accade di non saper o non poter lo stesso inventore trasmutarsi in industriale o meccanico, onde non era giusto che altri si avvantaggiassero delle scoperte e delle invenzioni che taluno facesse senza alcun profitto per l'autore delle medesime.

Che con questo medesimo mezzo la ricorrente si duole di non aver la Corte ammessa la prova testimoniale da essa chiesta per dimostrare di avere la Société des carbures metalliques fatto pure dei tentativi di attuare in Italia l'invenzione risultante dal brevetto del Bullier, non essendosi opposta alla fabbricazione del carburo col suo processo per parte delle fabbriche italiane, ed essendo entrata in trattative colla convenuta società circa il corrispettivo del diritto di licenza.

Che la Corte ha però fatto, per respingere cotesta prova, delle giuste considerazioni che rendono incensurabile il suo giudizio.

Che in primo luogo ha osservato che la tolleranza usata per l'abusiva fabbricazione che da altri si fosse intrapresa non potesse equivalere ad un atto di attuazione per parte del possessore del brevetto senza contraddire al principio che a mantenere salvo il brevetto stesso occorra l'opera personale dell'inventore e non quella di coloro che ad onta della privativa siansi appropriati il trovato di lui.

Che in secondo luogo ha notato la Corte che la fabbricazione del carburo per opera della Società Italiana incominciò o poco prima che scadesse il biennio o addirittura dopo la scadenza di esso, e ciò rendeva inutile la prova delle trattative a cui si accennava nei proposti capitoli, tostochè coteste trattative, che dovevano far segno del consenso prestato dalla Società posseditrice del brevetto all'attuazione dell'invenzione nel Regno, avrebbero avuto luogo dopo trascorso il biennio o mentre stava per trascorrere, senza che approdassero ad alcun risultato.

Che infine la sentenza ha rilevato come la Société des carbures metalliques ha proposto la sua azione allo scopo di impedire la fabbricazione del carburo col suo processo, facendo istanza perchè venissero confiscate le macchine e i prodotti, il che dimostrava di essere stato suo intendimento di opporsi all'attuazione che si era fatta in Italia del suo trovato, non già di acconsentire alla medesima sotto la condizione del pagamento di un corrispettivo, — onde riusciva inconciliabile, con lo scopo a cui mirava la spiegata azione, la pretesa di doversi considerare come fatto voluto dal possessore del brevetto e come prova della sua personale cooperazione nell'impianto in Italia del relativo processo industriale l'essersi questo potuto attuare nel regno, se non per iniziativa di lui, con atti almeno di esplicita annuenza da sua parte.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

10 aprile 1907 n. 312

Pagano *Pres.* — Riccobono *Est.*

Pasqui (avv. *B. Chimirri*) contro Ricci (avv. *C. Fani* e *C. Baudana-Vaccolini*).

Colui che è istituito erede per testamento può rinunciare agli effetti di questo ed attenersi alla successione che gli compete per legge (1).

L'impugnativa di un contratto per essere stato estorto il consenso con violenza o dolo va soggetta alla prescrizione quinquennale contemplata nell'art. 1300 *del Codice civile* (2).

La Corte, ecc. — Osservasi che, nei rapporti speciali dei ricorrenti Pietro e Rosa Pasqui, a ragione viene censurata la sentenza, la quale a base della carenza d'ogni loro azione in

---

(1) La rinunzia al testamento avvenne, nella specie, di fronte alla impugnativa di nullità per infermità di mente, allo scopo di troncare una controversia senza utile risultato per gli avversari degli eredi testamentari, inquantochè questi ultimi, in mancanza di testamento, erano pur gli eredi legittimi. Anzi osserviamo che, data una simile situazione di cose, non sarebbe stato audace, da parte de-

giudizio pose la inefficacia della loro accettazione della eredità legittima della fu Rosa Pasqui. Che nessuna disposizione di legge vieta a chi, pur essendo chiamato per legge ad una successione, si trovi al tempo stesso istituito erede per testamento, di rinunziare agli effetti del testamento e di attenersi ugualmente alla successione, che gli compete per legge. Non osta la regola che non si fa luogo alla successione legittima se non quando manchi in tutto od in parte la testamentaria, scritta nell'invocato art. 720 cod. civ.; imperocchè ben si deve riguardare un caso in cui il testamento non vale ed è ammessa la successione legittima, quello in cui siasi rinunziato al testamento.

Nel caso in ispecie Pietro e Rosa Pasqui dichiaravano alla cancelleria della pretura di non volersi valere del testamento, intendendo rinunziare alla qualifica di eredi testamentari della Rosa Pasqui, per essere stato impugnato di nullità per difetto di mente della testatrice, e di adire, col beneficio dell'inventario, la detta eredità quali eredi legittimi della medesima.

A togliere efficacia a tali dichiarazioni non giova argomentare dagli art. 879, 883 e 945 cod. civ. che per effetto di esse Pietro e Rosa Pasqui debbono considerarsi come se non fossero mai stati chiamati alla eredità di Rosa Pasqui, e, nel caso, per la loro mancanza, le rispettive porzioni devolute agli eredi legittimi, poichè obbietto delle dichiarazioni surriferite non fu la rinunzia alla eredità della defunta zia, ma semplicemente nella qualità di eredi legittimi della stessa. Non alla eredità, ma al testamento essi rinunziarono; e ciò pel dedotto vizio di nullità da cui era affetto.

Ora, in presenza della dedotta nullità del testamento, nè in questo, nè nella seguita rinunzia essi potevano incontrare alcun ostacolo a venire spiegando la qualità di eredi legittimi della Rosa Pasqui insieme ai germani Giovanni Maria e Pietro Pasqui, come erroneamente ebbe a ritenere la denunciata sentenza, la quale tanto più a ragione si viene censurando, in quanto che essa ha opposto che la nullità del testamento sia stata dedotta per la prima volta in appello e però in opposizione al divieto dell'art. 490 cod. proc. civile, e contro tale obbiezione hanno i ricorrenti ben osservato che, a parte il vedere se possa ritenersi veramente non dedotta la nullità del testamento nel giudizio di primo grado, quando ivi fu specialmente formulato il 15.o capitolo di prova unicamente diretto alla nullità del testamento, cotesta nullità, a vero dire, costituiva nei rapporti di Pietro e Rosa Pasqui una eccezione contro la opposta carenza del loro diritto di agire quali eredi legittimi che le convenute traevano dal detto testamento e dalla successiva rinunzia.

Attesochè non ha alcun giuridico fondamento il secondo mezzo del ricorso che discute della durata dell'azione proposta dai Pasqui, lamentando che a questa la Corte di merito abbia applicata la prescrizione quinquennale di cui l'art. 1300 cod. civ., mentre, impugnandosi il contratto per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali, il consenso, ed impugnandosi anche per simulazione, era applicabile la prescrizione trentennale.

Conviene, anzitutto, in questa sede, ridurre il campo della discussione, eliminando ciò che non potè formare tema del giudizio di appello, come le dedotta impugnativa per simulazione. Cotesta azione il Tribunale respinse, avendo circosritto l'azione esperita alla sola captazione del consenso per violenza o dolo. Non fuvvi gravame su tal punto e la discussione in appello cadde solo sulla azione di nullità, sul fondamento di essere stato il consenso della Rosa Pasqui estorto con violenza o dolo, e quindi tutto ciò che eccede i limiti di tale discussione va eliminato dal mezzo sopra riferito.

Che non giova l'astratta discussione circa la differenza tra impugnazioni relative agli elementi essenziali del contratto e quelle relative al difetto di elementi secondari del contratto, e in ordine alla diversa categoria di atti inesistenti o di atti semplicemente annullabili. Occorre invece l'esame in concreto

gli eredi testamentari, il sostenere che l'altra parte difettava d'interesse ad impugnare il testamento di Rosa Pasqui.

(2) Cfr., pressochè in termini, Trib. civ. S. Angelo dei Lombardi 13 febbraio 1906, Trib. giud. 1906, 306.

Che l'azione di simulazione, a cui accenna la sentenza che commentiamo, non sia soggetta alla indicata prescrizione quinquennale fu ritenuto ultimamente dall'A. Genova 4 giugno 1906, *Temi gen.* 1906, 662.

di vedere quali sieno le nullità degli atti disciplinati dagli art. 1300 e seg. cod. civ., e se nel novero di esse si comprenda l'azione di nullità già proposta dai ricorrenti.

Che non si può rivocare il dubbio che le cause efficienti di nullità contemplate nel citato art. 1300 sono quelle della violenza, del dolo e dell'errore, come altrettanti motivi che annullano la volontà libera e cosciente, nonchè le altre cause di incapacità subbiettiva dei contraenti, e che la breve prescrizione dei cinque anni ha riguardo alle parti contraenti che per una delle cause anzidette intendono impugnare la efficacia della contratta obbligazione, od i loro eredi, ai quali l'azione si trasmette, da doversi però esercitare entro quel tempo che rimaneva ai loro autori.

Che circoscritta l'azione entro i termini nei quali venne discussa avanti la Corte d'Appello, e affermato dal giudice del merito che la proposta azione di nullità dei contratti di vendita e di mutuo del 5 maggio 1895 fondavasi sul fatto di essere stato il consenso della Rosa Pasqui estorto con violenza o con dolo, non può contestarsi l'applicabilità degli art. 1300 e seg. cod. civ., e quindi la prescrizione di cinque anni.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

16 aprile 1907 n. 332

Pagano *Pres.* — Niutta *Est*

Società Alti Forni di Terni (avv. *G. Rolandi-Ricci*) contro De Angelis (avv. *U. Comandini*).

La prescrizione quinquennale, di cui all'articolo 919 n. 1 cod. comm., si applica unicamente a quelle azioni che non altrimenti possono sorgere se non per cause e fatti inerenti ad una società e che senza presupporre l'esistenza di una società non troverebbero ragione, nè modo di essere (1).

Così l'azione per risarcimento di danni promossa da un terzo contro una società commerciale non è soggetta alla prescrizione quinquennale accennata, ma a quella commerciale ordinaria di dieci anni (2).

La Corte ecc. — Ha considerato: Che Settimio De Angelis conveniva con atto dei 31 gennaio 1905 innanzi al pretore di Terni la Società degli alti forni colà residente e chiedeva che fosse condannata a pagargli la somma di lire 1,400 a titolo di danni-interessi per avere sei anni addietro mentre lavorava nello stabilimento di detta società contratte a cagione delle opere a cui era addetto una grave malattia nelle articolazioni con anchilosi della mano destra.

Che la convenuta Società dedusse fra le altre eccezioni che l azione del De-Angelis era caduta in prescrizione per essere decorsi i cinque anni in cui si prescrivono a norma dell'art. 919 n. 1 del codice di commercio le azioni contro le società commerciali, le quali derivano dal contratto di società o dalle operazioni sociali.

Che il pretore accolse cotesta eccezione e respinse la domanda del De-Angelis; ma il tribunale di Spoleto con sentenza del 16 giugno 1906, accogliendo il gravame di esso De-Angelis, dichiarò che la proposta azione andava soggetta alla prescrizione ordinaria in materia commerciale, cioè a quella di dieci anni ai sensi dell'art. 917 del codice di commercio e rimandò la causa al pretore per il giudizio da darsi sul merito.

Che avverso cotesta sentenza la Società degli alti forni ha fatto ricorso per due motivi, col primo dei quali ha denunziato la violazione e falsa applicazione dell'art. 919 n. 1 del codice di commercio sostenendo che l'azione del De Angelis, come quella che mette capo a rapporti giuridici originati dallo svolgimento delle operazioni della convenuta

---

(1) Segnaliamo ai lettori questa profonda sentenza del cons. NIUTTA, la quale risolve la *vexata quaestio* sulla prescrizione delle azioni riguardanti le società commerciali nel modo che anche noi avemmo a sostenere nella presente Raccolta, anno 1904, pag. 219 nota, commentando la contraria sentenza 5 marzo 1904 dell'A. Roma, est. ANDREUCCI.

In seguito, la locale Corte di appello interloquì altre due volte nella questione: con la sentenza 29 luglio 1905, est. BONELLI (*Pal. Giust.* 1905, 455), persevero nella vecchia tesi, ma con quella dell'8 giugno 1905, est. BIANCUZZI (*Id.* 1905, 418) la ripudiò recisamente.

Allo stesso cons. BIANCUZZI, nominato consigliere di cassazione a Torino, si deve la sentenza 13 settembre 1906 di detta Corte,sentenza riportata nel

Società, debbasi ritenere prescritta col decorso di cinque anni a termini del citato articolo.

Che a risolvere la questione proposta con questo mezzo, egli è innanzi tutto da notare che la locuzione adoperata nel n. 1 dell'articolo 919 del codice di commercio riesce manifestamente contraria al concetto di essersi voluto assoggettare alla più breve prescrizione tutte le azioni che per qualsivoglia titolo possano essere esperimentate contro una società commerciale o che questa possa a sua volta sperimentare, non vedendosi qual bisogno vi fosse in tale ipotesi di specificare le fonti di dette azioni coll'accennare al contratto di società ed alle operazioni sociali, quando sarebbe stato così ovvio e rispondente all'idea che intendevasi esprimere il dichiarare soggette alla prescrizione di cinque anni tutte le azioni derivanti da obbligazioni contratte da una società o verso una società.

Che la legge ha invece avuto cura di designare due specie di azioni riferibili alla società, alle quali deve essere applicata la prescrizione di cinque anni, cioè quelle dipendenti dal contratto di società e le altre originate dalle operazioni sociali; e se per le prime non può cader dubbio che nello stabilire la più breve prescrizione siasi avuto riguardo alla peculiare natura dei rapporti ingenerati dal contratto di società, debbesi del pari ammettere che, col mentovare le operazioni sociali come un'altra fonte di azioni prescrittibili nel medesimo termine, abbia la legge contemplate quelle azioni che non altrimenti possono sorgere se non per cause e fatti inerenti allo stesso istituto sociale e che senza presupporre l'esistenza di una società non troverebbero ragione nè modo di essere.

Che certamente tutti gli atti compiuti da una società possono addimandarsi operazioni sociali nel senso generico e volgare di essere una società la operatrice degli atti medesimi; ma altra cosa è che rispetto alla società che li compie sieno da considerare come operazioni sociali tutti i negozii giuridici a cui essa da la vita, altra cosa è che debbano e possano assumere rispetto a terzi lo speciale carattere di operazioni sociali tutte le obbligazioni che una società venga a contrarre anche quando il rapporto giuridico da cui è sorta l'obbligazione nessuna modificazione e nessuna speciale influenza può ricevere dalla circostanza che il vincolo obbligatorio sia stato stretto con una società anzichè con un singolo commerciante.

Che però gli atti compiuti da una società possono talora dar luogo anche rispetto ai terzi a speciali responsabilità appunto perchè rappresentano un'operazione sociale; e quindi le azioni che a questi atti si riferiscono trovano il loro fondamento in quelle particolari obbligazioni, che sorgono dal modo onde si è svolta l'azione sociale, avuto riguardo alle peculiari disposizioni a cui essa è sottoposta nell'interesse dei terzi, dei soci e della stessa società.

Che così, giusta l'articolo 106 del codice di commercio, i soci in nome collettivo sono obbligati in solido per le operazioni compiute dalle persone autorizzate ad amministrare, ma i creditori non possono pretendere il pagamento dai singoli soci prima di avere esercitata l'azione contro la società.

Che così ancora in forza dell'articolo 122 gli amministratori diventano responsabili verso i terzi e verso la società per le operazioni, che avessero eseguite al di fuori dell'atto costitutivo, e per l'articolo 140 l'amministratore deve rispondere tanto verso i terzi quanto verso i soci per lo adempimento dei suoi doveri nello eseguire le operazioni sociali.

Che similmente nell'articolo 192 è stabilita la personale responsabilità degli amministratori per le nuove operazioni da essi intraprese dopo sciolta o messa in liquidazione la società.

Che coteste ed altre disposizioni dimostrano come gli atti ed i negozi compiuti da

---

Foro italiano 1906, I, 1373, con nota critica del professor VIVANTE, riassuntiva delle considerazioni con cui questo illustre maestro ha sostenuto sempre la tesi alla quale ha ormai anche la Cassazione romana autorevolmente aderito.

¹ Cfr. nell'identico senso: Cass. Firenze 20 febbraio 1905, *Giur. ital.* 1905, I, I, 499; e, da ultimo, *in termini*, Cass. Torino 26 marzo 1907, est. DESENZANI, *Foro ital.* 1907, I, 572; nonchè, per gli scrittori, il VIVANTE, nel *Trattato*, 2ª ediz., vol. IV, n. 2220, e anche nel *Foro ital.*, 1906, I, 101; lo ZIINO, in *Riv. di dir. comm.* 1904, I, 147; il BRUSCHETTINI, in *Corte d'Ancona* 1904, I, 134; l'AZZARITI, in *Giur. ital.* 1903, I, 2, 51, e 1904, I, 2, 172; ecc.

una società o dai suoi amministratori possano partorire oltre le azioni ordinarie anche azioni di altra natura, in quanto l'atto od il negozio costituisce un operazione che è stata posta in essere da una società o che si connette alla gestione sociale.

Che tali azioni sono quelle fondate sulla responsabilità degli amministratori, dei sindaci, dei liquidatori, quelle dei soci per gli sborsi fatti nell'interesse della società e tutte le altre a cui possono dar vita le peculiari sanzioni che governano le società commerciali e lo svolgimento della loro azione.

Che a simili azioni ha avuto riguardo la legge quando nel citato articolo, dopo avere indicato il contratto di società come sorgente delle azioni a cui va applicata la prescrizione di cinque anni, ha aggiunto le operazioni assoggettate alla stessa breve prescizione; nè l'aggiunta era superflua, imperocchè essa sta a significare che, non solo le azioni le quali hanno origine diretta dal contratto di società, ma anche quelle che hanno il loro fondamento nei peculiari rapporti derivanti dal modo onde si sono svolte le operazioni sociali e per cui sono sorti diritti ed obbligazioni compatibili soltanto colla esistenza di una società commerciale, debbano andare ugualmente colpite dalla più breve prescrizione.

Che tutte le altre azioni le quali trovano la propria ragione di essere negli ordinari rapporti giuridici che una società può contrarre al par di ogni singolo commerciante e per il cui esercizio torna del tutto indifferente, riguardo ai terzi, la congiuntura di costituire il negozio a cui l'azione si riferisce un'operazione sociale anzichè individuale, non possono ricadere sotto la sanzione del citato articolo, giacchè non è il contratto di società che le fa nascere e neppure la qualità di operazione sociale che, rispetto alla società, possa avere l'atto generatore del diritto e dell'obbligazione, ma esse sorgono in forza di quelle relazioni giuridiche da cui rimane costretta una società commerciale al pari di ogni persona che contratti nei modi e nelle forme appropriate alla subbiettiva sua condizione.

Che l'essere stata usata nel citato articolo la espressione di operazioni sociali nel senso testè indicato, è reso manifesto anche dal confronto con altri luoghi del medesimo codice dove, come negli articoli 89,122,184,si fa parola delle operazioni e degli affari sociali non già per indicare gli atti da cui possono derivare diritti e obbligazioni verso i terzi, ma per denotare tutto ciò che si riferisce all'azienda sociale in quanto dal modo ond'essa venga condotta ed amministrata possano scaturire peculiari responsabilità per parte degli amministratori e dei soci.

Che concorre ad avvalorare il medesimo concetto la limitazione che è fatta della breve prescrizione alle sole società che abbiano eseguite le regolari pubblicazioni, la quale limitazione, se può avere un ragionevole significato quando trattasi di azioni in cui entri come elemento che le determini la qualità sociale del rapporto giuridico, non ne avrebbe alcuno per le azioni che prescindono in tutto dalla detta qualità e che sono rivolte contro una società commerciale, sia che trovisi sia che non trovisi legalmente costituita, come potrebbero essere contro qualunque altro subbietto di obbligazione.

Che non giova qui obbiettare che, avvenendo lo scioglimento della società, siccome in tal caso rimangono prescritte nel termine di cinque anni, giusta il medesimo art. 919, tutte le azioni derivanti da rapporti sociali, sarebbe incongruo l'ammettere che potessero ancora sopravvivere per altri cinque anni azioni contro una società il cui patrimonio fosse stato già diviso e liquidato.

Che egli è agevole intendere come un simile argomento non possa avere alcuna importanza dove si ponga mente che la maggiore o minore durata assegnata dalla legge all'esercizio delle azioni non equivale certo ad una garanzia contro quegli eventi che possono rendere inutile l'esperimento anche entro il termine stabilito per coloro che, nella previsione degli eventi stessi, non abbiano curato di esercitarle piu sollecitamente.

Che vuolsi d'altra parte osservare che la prescrizione stabilita nel n.1 dell'art. 919 al pari di quelle indicate nel seguente numero e negli articoli successivi non è che un'eccezione alla regola contenuta nell'art. 917; il quale dichiara di compiersi la prescrizione *ordinaria* in materia commerciale col decorrimento di dieci anni.

Che ora non può essere trascurata la considerazione che, fin da quando venne preparato il vigente codice di commercio, l'esercizio del commercio era diventato opera precipua delle società e che le più estese ed importanti manifestazioni di esso già avvenivano per virtù di associazioni di capitali e di persone,

onde, se fosse stato in mente dei compilatori del codice di rendere applicabile a tutte le azioni derivanti dalle obbligazioni sociali la prescrizione di cinque anni, mal si comprende come si fosse potuto dichiarare prescrizione ordinaria in materia commerciale quella di dieci anni, quando avendo presso la società una parte così prevalente nell'esercizio del commercio, un numero tanto rilevante di azioni in materia commerciale doveva essere soggetto alla prescrizione di soli cinque anni.

Che in tal guisa cotesta prescrizione sarebbe diventata anch'essa una prescrizione ordinaria al pari di quella di dieci anni, applicandosi l'una o l'altra secondo che le azioni riguardassero singoli commercianti ovvero società commerciali.

Che tutto ciò sia in aperta contraddizione col principio proclamato nello art. 917 che considera come casi di eccezione quelli in cui è stabilita una prescrizione minore di dieci anni; e d'altra parte non era possibile che, volendosi dal legislatore eccettuare dalla prescrizione ordinaria tutte le azioni esperibili contro le società e che da queste venissero sperimentate, non fosse rimasta di una così grave innovazione alcuna traccia chiara e sicura nelle discussioni e nei lavori che prepararono il codice del 1882; il che tanto più doveva accadere, che di essa innovazione non si aveva riscontro neppure in quei codici stranieri le cui disposizioni furono tenute presenti per modificare gli articoli 172, 174 del codice precedente.

Che debbasi quindi del tutto escludere che senza neppure esaminare l'argomento si fosse potuto introdurre riguardo alle società una eccezione alla regola dell'art. 917 anche per le ordinarie azioni e che di ciò si fosse fatta una semplice quistione di compilazione del successivo articolo 919 col dichiarare prescrittibili entro cinque anni le azioni derivanti dal contratto di società e dalle operazioni sociali, mentre cotesta aggiunta era abbastanza spiegata dal bisogno di togliere il dubbio che per azioni nascenti dal contratto di società avessero ad intendersi quelle soltanto che mirassero alla diretta esecuzione del contratto stesso, e non pur le altre che, riannodandosi al contratto come un necessario loro presupposto, trovassero tuttavia il proprio ed immediato fondamento nelle peculiari responsabilità indotte dai rapporti sociali in seguito alle compiute operazioni.

Che, limitata a coteste azioni la breve prescrizione di cinque anni, rinviene anche una logica spiegazione il disposto del capoverso del medesimo articolo, il quale la fa decorrere dal giorno della scadenza della obbligazione ovvero dal giorno della pubblicazione dell'atto di scioglimento o della dichiarazione di liquidazione se l'obbligazione non è scaduta, dovechè riuscirebbe al tutto esorbitante che per il solo fatto di aver altri contratto con una società commerciale dovesse cominciare a decorrere la prescrizione prima della scadenza della obbligazione, prima cioè che nascesse l'azione.

Che non senza ragione è stato poi rilevato come l'obbligo di conservare i libri di commercio per lo spazio di dieci anni è stato imposto anche alle società; e non può al certo essere disconosciuta la correlazione tra la durata di codesto obbligo e la durata delle azioni dipendenti dagli atti di cui deve essere conservata la prova contenuta nei detti libri.

Che l'argomento non perde il suo valore per le disposizioni racchiuse negli art. 209 e 218 secondo i quali, dopo sciolta e liquidata la società, l'obbligo della conservazione dei libri è limitato a cinque anni; imperocchè cotesto minor termine, che può trovare la sua ragione nella presunzione che col trascorrere di cinque anni dalla liquidazione siano rimaste esaurite tutte le pendenze relative all'azienda sociale, non fa venir meno la illazione che debasi trarre dal fatto di dovere le società, finchè dura la loro vita, conservare i libri di commercio per un periodo di tempo corrispondente alla durata delle azioni a cui possono essere esposte.

Che non è infine fuor di luogo il notare che attribuendo alla espressione di operazioni sociali il significato di qualunque atto generatore di diritti o di obbligazioni che dalle società si compisse, la disposizione rimarrebbe incompleta mal potendosi fare ricadere sotto di essa le obbligazioni nascenti dal delitto o quasi delitto, le quali, sebbene sorte per causa o per occasione della gestione degli affari di una società, escono fuori dell'obbietto delle operazioni sociali nella cui sfera non può certo andar compreso il maleficio come forma o come manifestazione di attività sociale; senza dire della conseguenza che pur dovrebbe essere ammessa in forza

dell'art. 915, di rendere compartecipi del beneficio della più breve prescrizione anche i non commercianti che al medesimo delitto o quasi delitto fossero concorsi.

Che debbasi pertanto ritenere di avere il Tribunale col dichiarare soggetta alla prescrizione di dieci anni l'azione proposta dal De Angelis, non già violata, ma fatta una giusta applicazione delle disposizioni relative alla prescrizione in materia commerciale.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 maggio 1907 n. 387

Pagano *Pres.* — Corbo *Est.*

Banco di Napoli (avv. *G. Ruta*) contro Ricci (avv. *A. Benevento* e *N. Verona-Positano*).

Il semplice fatto del furto, commesso in danno di un inquilino durante l'assenza del portiere, non può da solo considerarsi come il risultato di una colpa del portiere e generare, quindi, l'obbligazione del proprietario a riparare il danno; ma occorre dimostrare non solo il nesso di causalità fra l'assenza momentanea del portiere e la consumazione del furto, bensì anche la circostanza che, se egli si fosse trovato al suo posto, il reato non si sarebbe potuto in alcun modo perpetrare (1).

Il portiere di un casamento non è persona preposta alla gestione dell'immobile locato, all'oggetto di poterne dedurre la responsabilità del proprietario in caso di danni, ma è una persona incaricata di diverse incombenze, secondo le consuetudini locali ed il regolamento stabilito dal proprietario locatore (2).

La sorveglianza, che il portiere deve esercitare sul casamento, è quella possibile e non la strettamente rigorosa (3).

La Corte, ecc.— Ricci Augusto, inquilino del casamento di proprietà del Banco di Napoli, sito nel quartiere tiburtino, conveniva il Banco stesso avanti il Pretore del secondo mandamento di Roma, per sentirlo condannare al pagamento della somma di lire 347 a tittolo di risarcimento del danno che affermava di aver risentito per furto, mediante rottura, perpetrato da ignoti nell'appartamento da lui abitato.

Il Pretore ritenne non applicabile al caso la colpa *in omittendo*, che si addebitava al Banco pel fatto della mancata sorveglianza da parte del portiere del casamento; e dichiarando quindi non pertinente alla causa la chiesta prova testimoniale respinse la domanda del Ricci.

Il Tribunale di Roma modificò questa sentenza, ed ammise il Ricci a provare con testimoni alcune circostanze dirette a confermare il suo assunto; che cioè se il portiere si fosse trovato al suo posto, come prescrive il regolamento dei portieri, il furto non si sarebbe verificato.

Ricorre per annullamento il Banco di Napoli, e sostiene che cotesta sentenza, oltre ad avere una difettosa motivazione, ha violato i principi regolatori di locazione; in ispecie, per aver ritenuto che il portinaio, secondo le consuetudini locali di Roma, sia una persona preposta alla gestione dell'immobile locato, onde indurre la responsabilità del proprietario dell'immobile per il non fatto del gestore; e per aver ritenuto che nelle incombenze del portinaio entri quella di proteggere gli inquilini dai ladri.

Attesochè sia del tutto inesatto quello che si afferma dal ricorrente, che cioè i giudici di merito abbiano ammesso la prova testimoniale proposta dal Ricci fondandosi sul principio, che il proprietario locatore sia responsabile del furto perpetrato in danno di un in-

---

(1-2) Il Supremo Collegio, a nostro avviso, va di là dal segno nell'interpretare in modo troppo rigoroso la sentenza confermata 4 aprile 1906 del Trib. civ. Roma, est. CURIS.

Cotesta sentenza trovasi accompagnata da richiami nella presente Raccolta, anno 1906, pag. 276, ed ognuno può fare gli opportuni confronti.

La locale Corte si è inspirata forse a questa rigorosa pronunzia 21 gennaio 1887 della Corte di Lione, pronunzia che riportiamo ad utilità degli studiosi trascrivendola dal *Journal du Palais* 1887, 580.

(*Ferrand C. Duvernay*) « La Cour: — Considérant « que, le 11 mai 1884, Douvernay occupait comme « locataire, le premier étage de la maison, quai « Saint-Vincent, 41, appartenant à Ferrand; que, « dans l'après-midi de ce jour, des voleurs se sont « introduits avec effractions dans l'appartement de « Douvernay, qui était absent ainsi que sa dome- « stique, et y ont enlevé des bijoux et autres objets « évalues par lui à 5.000 fr.;

quilino nell'assenza momentanea del portiere del casamento locato.

Imperocchè dalla impugnata sentenza risulta invece il contrario, essendosi esplicitamente dichiarato che il semplice fatto del furto commesso durante l'assenza del portiere non può da solo essere considerato come il risultato di una colpa del portiere stesso, e generare quindi l'obbligazione del proprietario a riparare il danno cagionato.

E tanto meno presenta il pregio di una completa esattezza l'altra affermazione contenuta nel ricorso, che il portinaio sia stato ritenuto dalla denunciata sentenza come una persona preposta alla gestione dell'immobile locato, all'oggetto di poterne dedurre la responsabilità del proprietario in caso di danni. Imperocchè i giudici di merito ritennero il portiere semplicemente come una persona incaricata di diverse incombenze, secondo le consuetudini locali, e secondo i regolamenti stabiliti dagli stessi proprietari locatori.

Ed interpretando quindi il regolamento, che il Banco di Napli ha scritto pei portieri dei suoi casamenti, si convinsero che se i medesimi non sono obbligati ad esercitare una sorveglianza rigorosa ed assoluta sugli estranei che s'introducono nei casamenti affidati alla loro custodia, sono però tenuti ad una sorveglianza possibile. Ciò premesso, considerarono che, nella fattispecie, per dichiarare la colpa del portiere e la conseguente responsabilità del proprietario, si richiedeva che venisse dimostrato non solo la coincidenza ed il nesso di causalità fra l'assenza momentanea del portiere e la consumazione del furto, ma anche la circostanza che, se egli si fosse trovato al suo posto, il reato non si sarebbe potuto in alcun modo perpetrare. Ed in questi sensi ammisero la prova testimoniale chiesta dall'inquilino Ricci.

Or se la dichiarazione di colpa e di responsabilità, di cui trattasi, doveva dipendere dall'accertamento degli anzidetti estremi di fatto in correlazione colle disposizioni regolamentari, si scorge ad evidenza come siano insussistenti tanto il lamentato difetto di logica e giuridica motivazione, quanto la censura di essersi violate le norme che regolano i contratti in genere e quello di locazione in ispecie.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

14 maggio 1907 n. 433

Basile *Pres.* — Natale *Est.*

Foschini (avv. *V. Foschini*) contro Ballarini (avv. *C. Ghigi* e *A. S. Martorelli*).

L'aggiunta « per quanto ricordo » non può, nel giuramento di scienza e memoria, considerarsi come un rifiuto a giurare, soprattutto ove i giudici del merito si siano con-

---

« Considérant qu'il est constant d'autre part, que, « pendant cette après-midi, le conciergie de la mai« son *s'est absenté et abandonné sa loge pendant* « *une heure ou une heure et demie ;*

« Considérant que c'est dans ces circonstances de « fait que Douvernay, *soutenant qu'il n'aurait pas* « *été victime d'un vol si le concierge eût été dans* « *sa loge*, a assigné le propriétaire en payement de « la somme sus-enoncée de 5.000 fr., comme respon« sable, aux termes de l'art. 1384 Cod. civ., de la « faute de son préposé;

« *Considérant que, s'il est vrai de dire qu'il en*« *tre dans les fonctions du concierge de surveiller,* « *dans une certaine mesure, la maison où il est* « *employé, il est vrai de dire, aussi, que cette mesu*« *re varie suivant les usages de lieux et les circo*« *stances de la cause ; qu'il serait excessif, dans la* « *cause actuelle, de déclarer le concierge en faute* « *et le propriétaire responsable du vol dont se plaint* « *Douvernay, par cela seul que la loge a été aban*« *donée pendant un laps de temps qui n'a pas dé*« *passé une heure et demie ;*

« Considérant, d'ailleurs, que l'heure et les cir« constances dudit vol n'ont put être determinées « avec precision, qu'on ne pent affirmer avec certi« tude que le vol ait coïncidé avec l'absence du con« cierge, ni même que *la présence du concierge* « *l'eût empêché ;* qu'il suit de là que Duvernay, « n'ayant point établi de faute à la charge du « concierge, n'ayant même point établi que la pré« tendue faute qu'il lui reproche a *été la cause du* « *préjudice, objet du procés, l'art.* 1384, *C. civ. n'est* « *à aucun point de vue opposable au propriétaire*, « et que, dès lors, la demande introductive d'in« stance doit être rejétée ; Par ces motifs — E« mendant — Décharge Ferrand des condamnations « prononcées contre de lui ».

Cfr. la sentenza, di primo grado, del Trib. civ. di Lione 8 maggio 1885 (*Journal du Palais* 1887, 578, e seg.).

vinti che il giurante non intese di evadere la prestazione del giuramento (1).

La Corte, ecc. — Attesochè tre erano i capi del giuramento deferito ad Amelia Ballerini con sentenza dei 23-30 dicembre 1905: esistenza del fabbricato al principio dell'affitto; buone condizioni di esso in quell'epoca; assenso dalla Ballerini dato per la demolizione e ricostruzione del medesimo. Il primo e terzo capo erano *di verità* e furono nettamente esauriti dalla giurante, che affermò la esistenza del fabbricato e negò l'assenso per la demolizione e ricostruzione di esso. Il secondo capo era *di scienza e di memoria* e la giurante lo esaurì col darvi una risposta affermativa, temperata soltanto dalla formola «*per quanto ricordo*». Erano, infatti, decorsi 15 anni dall'epoca dell'affitto del fondo dotale, amministrato dal marito, ed i giudici del merito si convinsero che quella non era una formola evasiva e di comodo, ma era invece la sincera espressione dell'animo in perfetta corrispondenza del pronunciato che aveva ordinato il giuramento in parte *di verità* ed in parte *di scienza e di memoria*. Non reggono, quindi, le doglianze portate in cassazione contro tutto il contenuto della sentenza impugnata e specialmente contro le distinzioni in essa giustamente fatte in ordine alla giurisprudenza ed ai fatti dello causa. Il ricorso, perciò, merita di essere interamente respinto con la condanna dei ricorrenti Foschini nelle spese.

Per questi motivi, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

22 dicembre 1906 n. 791

Spaziani *Pres* — Pomarici *Est.*

Vannutelli (avv. *F. Garbini*) contro Garavini (avv. *G. Salvatori*).

Quando il Presidente del Collegio abbia nominato il relatore della causa nella pubblica udienza in cui questa viene spedita, non può impugnarsi di nullità la sentenza pel motivo che sia stata deliberata col concorso di cotesto giudice relatore, meno anziano tra quelli intervenuti all'udienza suddetta (1).

Non perchè il precetto immobiliare, la citazione e la sentenza di autorizzazione a vendere non designano i fondi subastandi con almeno tre dei confini può dirsi che cotesti atti siano nulli, quando risultano, d'altronde, bene accertati e identificati i fondi medesimi (2).

La Corte ecc. — Rileva, in fatto, che il signor conte Carlo avv. Vannutelli, con atto 25 novembre decorso, ha prodotto appello avverso la sentenza dei 1-3 ottobre 1906, pronunziata in sua contumacia dal Tribunale di Roma, con la quale sulla istanza del sig. Giovanni cav. Garavini, creditore di esso appellante, è stata, a norma degli articoli 665 e 666 cod. di proc. civile, autorizzata la vendita a pubblici incanti della casa di proprietà del Vannutelli posta in Genazzano in via del Pilozzo ai civici numeri 26 e 27, distinta in catasto coi numeri 142 sub. 1, 143, sub. 1, 145, sub. 1, 146, sub. 4, sezione fabbricati, del reddito imponibile di L. 112.50, confinante con detta via del Pilozzo, salvi ecc.

Deduce l'appellante: 1. la nullità della sentenza perchè deliberata col concorso del giudice De Ficchy, meno anziano tra quelli intervenuti all'udienza del 28 settembre 1906, esclu-

---

(1) Si cfr. nel medesimo senso il LESSONA nella sua dottissima *Teoria delle prove* (Firenze, Cammelli, 1905, 2. ediz.), vol. II, n. 379 e seg. Col LESSONA concordano il RICCI, *Proc. civ.*, vol. II, numero 205; il GARGIULO, *Comm.*, sotto l'art. 226, vol. II, pag. 170; il LAROMBIÈRE, art. 1364, num. 3; ecc. Non manca, però, la dottrina contraria, come dimostra lo stesso LESSONA. Per la giurisprudenza veggasi, in materia affine, Cass. Roma, 22 dicembre 1883, *Riv. bol.* 1884, 138 — e 11 maggio 1905, in questa Raccolta, 1904, pag. 299, con nota. Da ultimo: Cass. Torino 23 giugno 1906, *Mon. Trib.* 1906, 990.

(1) In proposito cons. la sentenza 3 aprile 1907 della Cass. Roma, riportata più indietro in questo fascicolo, a pag. 209, con nota di richiami.

(2) Cfr. Cass. Napoli 13 maggio 1871, *Annali* V, 1, 1, 172; A. Venezia 24 novembre 1885, *Temi ven.* X, 639; Cass. Torino 15 luglio 1887, *Giur. ital.* 1887, 1, 1, 725; A. Palermo 24 febbraio 1905, *Foro sic.* 1905, 215.

dendosi così dalla valutazione e dalla deliberazione il più anziano avv. Del Giudice; 2. la violazione delle norme di legge in ordine alla procedura immobiliare, non contenendo il precetto, nè la citazione, nè la sentenza le indicazioni essenziali, e in ispecie tre almeno dei confini dell'immobile subastando, a norma degli articoli 56, 659 e 665 cod. di proc. civ. 2084 e 1979 cod. civile.

Osserva, in *diritto*, che il proposto gravame debba essere rigettato, essendo destituiti di giuridico fondamento entrambi gli enunciati motivi.

Indarno, invero, il patrocinio dell'appellante ha riportato nella comparsa un gran numero di pronunziati delle varie Corti Supreme del Regno, in sostegno del primo motivo, mentre le fattispecie risultanti dalle ricordate autorevoli decisioni non rispondono al caso in esame, in cui non trattasi di avere, per impedimento non giustificato del giudice più anziano, preso parte alla deliberazione della sentenza un giudice meno anziano, presente alla discussione della causa, ma non relatore.

Invece trattasi dell'eccezione stabilita nell'art. 264 del regolamento generale giudiziario, per cui il giudice meno anziano, che fosse il relatore, deve votare invece dell'ultimo giudice che altrimenti avrebbe dovuto votare.

Dall'estratto del verbale di udienza, presentato dall'appellante, risulta (sic) — chiamata la causa iscritta al ruolo n. 3629 vertente tra Garavini Giovanni — proccratore Salvatori — contro Vannutelli Carlo, contumace — sono state lette le conclusioni ed è stata chiesta la sentenza — posta in deliberazione, ed assegnata al giudice De Ficchy ».

Non è esatto quindi che, dopo spedita dall'attore la causa, fosse stata questa in Camera di Consiglio assegnata al meno anziano, per fare la relazione in detta Camera di Consiglio, invece l'assegnazione fu fatta in udienza dal Presidente prima di passare alla chiamata di altre cause, ed è manifesto che il detto Presidente dovette dichiarare la fatta assegnazione, perchè il Cancelliere avesse potuto prenderne nota nel processo verbale d'udienza.

Nè si obbietti, che il Giudice relatore sia soltanto quello nominato, giusta l'ar. 349 proc. civile, per fare all'udienza la relazione della causa, e che a questo relatore si riferisca ristrettivamente l'eccezione stabilita dal precitato articolo 264 del regolamento; imperocchè, dettando lo stesso articolo 349 e gli articoli seguenti 350, 356 e 357 in relazione con gli articoli 261 e seguenti del regolamento, che la relazione della causa va fatta all'udienza dal giudice relatore, se è stato nominato, o dai difensori delle parti; che dopo la relazione i difensori delle parti leggono le conclusioni e poi svolgono succintamente le ragioni su cui sono fondate; che i giudici devono deliberare dopo la discussione della causa, e possono differire la pronunziazione della sentenza ad una delle prossime udienze; che appartiene al Presidente di formulare le questioni sulle quali il Tribunale deve deliberare, ed il Presidente medesimo raccoglie i voti; ne segue che la legge non ha contemplato ciò che spesso si verifica in pratica, cioè che la causa passi in decisione senza relazione e senza discussione, ma dopo la sola lettura delle conclusioni. In questi casi sorge la necessità di dovere il Presidente nominare un giudice per fare la relazione della causa in Camera di Consiglio, onde essere esso Presidente in grado di formulare le questioni sulle quali il Tribunale deve deliberare.

Ora in questi casi, se la nomina del relatore è fatta dal Presidente in pubblica udienza in modo che le parti ne abbiano avuta cognizione, e per questa siano state in grado di esercitare il loro diritto di ricusazione a norma degli art. 116 e seguenti della proc. civile e dell'art. 254 ripetuto regolamento, non vi ha chi possa disconoscere, che, pel principio di analogia dettato dall'art. 3 delle disposizioni preliminari del cod. civ., l'eccezione stabilita dal precennato art. 264 debba valere anche quando il Presidente abbia in udienza nominato il giudice per fare la relazione della causa in Camera di Consiglio, non essendosi la relazione fatta in udienza, o dal giudice precedentemente nominato, o dai difensori delle parti.

Il rigore dei principii adottati dalla più recente e quasi concorde giurisprudenza in casi ben diversi non è perciò applicabile al caso presente, nel quale però l'interpretazione estensiva del ripetuto art. 264 relativamente alla eccezione, ivi stabilita, è consigliata dalle esigenze di servizio per la amministrazione della giustizia, quando i diritti delle parti non rimangono menomamente frustrati, stante che debbasi pure trovar modo di conciliare col diritto delle parti ad esercitare la ricusazione, la necessità di distribuire il lavoro af-

finchè non gravi tutto sopra i giudici più anziani nei casi simili al presente, che molto spesso si verificano. Laonde bene il patrocinio del Garavini ha osservato, che non essendosi fatta all'udienza la relazione della causa, dacchè il procuratore dell'attore si limitò a leggere le conclusioni, ed avendo all'udienza stessa il Presidente assegnata la causa al giudice De Ficchy prima di provvedere alle altre cause, debbasi riconoscere che col sistema seguito siasi completamente fatto omaggio a tutte le ragioni della legge per la formazione del Collegio giudicante, ed il Presidente abbia fatto uso di una facoltà consentitagli dalla legge medesima col nominare seduta stante, e prima di dare altri provvedimenti, un giudice meno anziano per fare la relazione della causa in Camera di Consiglio; ed in conseguenza che non sia stato in alcun modo a questo giudice impedito di proporre la sua astensione, nè alle parti di proporre la ricusazione del medesimo.

Osserva che miglior sorte non incontri il secondo motivo, dappoichè per la validità del precetto, della citazione e della sentenza che autorizza la vendita, basta che i beni da subastarsi siano indicati in modo da escludere ogni incertezza sulla loro vendita, come chiaro si argomenta dagli articoli 1940 e 1998 in relazione con gli articoli 2084 e 1979 codice civile.

Nel caso presente, sebbene non siano stati indicati tre almeno dei confini dell'immobile da subastarsi, pure havvi assoluta certezza del detto immobile, conciossiacchè la casa in Genazzano ai numeri civici 26 e 27 di via del Pilozzo di proprietà del Vannutelli non può essere confusa con altra casa limitrofa.

Osserva che la condanna nelle spese del giudizio vada regolata dalla soccombenza.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

9 marzo 1907, n. 112

Spaziani *Pres.* — Marcucci *Est.*

Bruschi (avv. *L.* e *S. Merlino*) contro Cassa Nazionale Infortuni (avv. *R. D'Andrea*).

In materia di prova testimoniale nessuna limitazione è imposta dal legislatore alla volontà delle parti, tranne il divieto previsto dall'art. 236 cod. proc. civile; quindi, le parti possono ben concordare che, dopo l'espletamento di una prova per testi, se ne faccia una nuova per chiarire circostanze non emerse dalla prima (1).

La prescrizione dell'azione diretta a conseguire la indennità in caso d'infortunio sul lavoro ha luogo col decorso di un anno a partire dal giorno in cui l'infortunio si è verificato; e può provarsi con testimoni che l'infortunio è avvenuto piuttosto in uno che in altro giorno, onde basare eventualmente la eccezione di prescrizione sui risultati della prova, che il giudice deve vagliare con molta cura, perchè non abbia campo frode alcuna a danno degli Istituti assicuratori (2).

La Corte ecc. — Con citazione del 30 gennaio 1903 Girolamo Bruschi conveniva davanti il tribunale di Civitavecchia la Cassa Nazionale di assicurazione per gl'infortuni degli operai sul lavoro, assumendo che egli, già operaio minatore presso la Società Francese per la Cava dell'Allume in Tolfa, « era « rimasto permanentemente e completamente « inabilitato al lavoro per infortunio accadu« togli il primo febbraio 1902 sul lavoro stes« so, con penetrazione di corpo estraneo nel« la cornea dell'occhio destro, fuoruscita di « ernia all'inguine sinistro e contusione e

(1) La necessità di nuove prove, ossia prove su fatti diversi, può sorgere in qualsiasi momento, e la nostra legge ne ammette l'esperimento anche in sede di appello (art. 490, ult. alinea, Cod. proc. civ.): *a fortiori* non può elevarsi nessun dubbio in proposito, se trattasi di nuova prova cui si procedette col consenso di tutte le parti in causa. Anzi, noi crediamo che neppure la parte, la quale abbia mancato d'opporsi alle domande rivolte dall'avversario ai testimoni su fatti non articolati nei capitoli d'esame, possa in seguito, e cioè nella discussione del merito, utilmente eccepire la nullità delle deposizioni su tali fatti. Vedi, però, *contra*: G. CESAREO-CONSOLO, *Tratt. della prova per test.*, n. 226.

(2) Su questo punto la sentenza è notevole non per l'interpretazione dell'art. 17 del vigente testo unico sugli infortuni del lavoro, ma per il principio che il magistrato deve procedere con rigore a sventar le trame, purtroppo frequenti, contro gli istituti di assicurazione, i quali tuttavia, non lo neghiamo, rendono spesso il pan per focaccia.

In conformità, sul citato art. 17, si vegga Cass. Roma 14 novembre 1904, est. MORTARA, nella presente Raccolta, anno 1905, pag. 19, con nota — e da ultimo A. Palermo 2 aprile 1906, *Contr. lav.* 1906, 337, sentenza questa che dichiara commerciale l'azione diretta a ripetere l'indennità d'infortunio *anche in confronto dei minori*, decorrendo, così,

« traumi ai fianchi, da' quali traumi era deri« vata pleurite essudativa sinistra, per cui « era stato operato di toracentesi, e trovasi « tuttavia gravemente infermo ».

Soggiungeva l'istante che, quantunque assicurato presso la Cassa convenuta, non aveva potuto ottenere la liquidazione dell'indennità dovutagli; epperò chiedeva dal tribunale la condanna della Società medesima al pagamento di L. 7500, degli interessi relativi dal primo febbraio 1902 e delle spese del giudizio.

Nel contestarsi la lite, da parte dell'attore, mentre, confessandosi un errore di calcolo incorso nella citazione, limitavasi l'ammontare dell'indennità dovutagli a L. 3000, chiedevasi, in caso d'impugnativa del lamentato infortunio, di provare con testimoni i fatti esposti nel libello, ed in caso contrario invocavasi una perizia medica diretta ad accertare le conseguenze delle lesioni riportate.

Non essendosi la Cassa Nazionale opposta alla chiesta prova orale, questa veniva ammessa con ordinanza presidenziale.

Essendo in seguito deceduto il Bruschi, la vedova di lui Maddalena Struelli e le figlie Maria, Assunta, Elena e Lucia Bruschi, autorizzate dai rispettivi mariti, con atto del 12 aprile 1904 ne riassumevano l'istanza, e con successivo verbale del 2 luglio dello stesso anno facevano raccogliere la già disposta prova mercè l'audizione di tre testimoni, in confronto della Cassa Nazionale, che in riprova ne faceva sentire uno soltanto.

Senonchè, nel riprodursi la causa all'udienza del 7 giugno 1905, la Cassa medesima chiedeva d'essere abilitata a provare, anche con testimoni « che nei primi dell'ottobre 1901 il « Bruschi, per una falsa manovra con una « leva, battè col fianco contro un muro, fu vi« sto dal medico che giudicò trattarsi di con« tusione guaribile in due o tre giorni e ver« so la metà di quel mese il Bruschi tornò al « lavoro nella miniera ».

Non essendosi opposto il procuratore degli eredi Bruschi, il presidente ammetteva anche questa prova, la quale veniva senza verun contrasto espletata con la escussione di quattro testimoni indotti dalla Cassa, non avendone le parti avverse presentato alcuno per la riprova.

Riportata, dopo tali esami, la causa alla decisione dell'adito Collegio, nell'interesse della Cassa Nazionale eccepivasi innanzi tutto che, avendo le risultanze dell'ultima prova accertato che il lamentato infortunio era avvenuto il 7 o 8 ottobre 1901, l'azione, promossa dal Bruschi più che un anno dopo, dovesse, per gli effetti dell'art. 15 della legge 17 marzo 1898, dichiararsi prescritta.

Da parte degli eredi Bruschi, invece, chiedevasi l'accoglimento della domanda, ed in via subordinata la nomina di uno o più periti che, esaminati i certificati sanitari esibiti ed i risultati della prova orale, giudicassero se il Bruschi in conseguenza del subito infortunio fosse rimasto totalmente e permanentemente inabilitato al lavoro.

Il Tribunale con sentenza 20-27 giugno 1906, convinto dalla valutazione delle prove testimoniali in raffronto de' documenti prodotti da ambo le parti che il fatto allegato a fondamento della domanda fosse avvenuto il 7 od

---

egualmente per i minori la prescrizione di un anno dal giorno dell'infortunio.

Tale tesi, però, fu combattuta più recentemente dall'illustre Presidente del Supremo Collegio fiorentino, senatore COSENZA, nella decisione ch'egli stesso volle redigere in causa *Barducci* contro *Anonima infortuni* e che ha la data 17 dicembre 1906. I criteri equitativi sono sempre lodevoli, ma quando non conducano ad urtare contro la legge. Ora, il COSENZA è andato a ritroso del pensiero del legislatore, cosicchè non è da meravigliare se, tranne il SERAFINI (*Rivista infortuni*, 1907, 116 e 262) e il LATTES (*Cassaz. Firenze*, 1907, 1), la sentenza della Cassazione di Firenze non ha trovato seguaci (cfr. BOLAFFIO, in *Temi*, 1907, 21, e in *Giur. ital.*, 1907, 1, 1, 139; G. LUMBROSO in *Cassaz. Firenze*, 1907, 51; V. DE FICCHY in *Giur. ital.* 1907, 1, 1, 30).

Noi pure ci troviamo schierati dalla parte del BOLAFFIO e compagnia, e non è oggi la prima volta che propugniamo il principio della commercialità dell'azione per conseguire l'indennità di infortunio, come rilevò lo stesso LUMBROSO, e di ciò gli siamo grati, trascrivendo un brano della nota apposta alla sentenza 25 ottobre 1904 dell'App. Roma, est. TEMPESTINI (in questa Raccolta, 1904, pag. 543). Si vegga anche l'altra nostra nota alla sentenza, pur dell'A. Roma, 22 dicembre 1904 (*id.* 1905, 121).

Della giurisprudenza più fresca sono con noi la Cassazione e la Corte di appello di Napoli nelle decisioni 3 e 4 dicembre 1906, in *Riv. infortuni sul lavoro*, annata 1907, 261 e 382, nonchè l'App. Lucca 12 marzo 1907, est. BRUNI, in *Cass. Firenze* 1907, 276: contro a noi, invece, sta l'App. Firenze 21 dicembre 1906, est. PALMIERI (*id.* 1907, 224).

Cfr. anche il *Commento* del RAMERI, pag. 155, il SALVATORE, pag. 81, il *Commento* edito dalla direzione del *Contratto di lavoro*, pag. 22, ecc. ecc.

8 ottobre dichiarava prescritta l'azione di indennità, condannando i medesimi al pagamento del giudizio, escludendo ogni onorario di avvocato.

Avverso questa sentenza con atti dei 17-27 luglio 1906 i soccombenti producevano appello, dicendola errata in fatto e in diritto.

Considera, in diritto, che l'eccezione di rito sollevata per la prima volta in questa sede, e tendente all'annullamento della prova testimoniale raccolta in virtù della seconda ordinanza presidenziale del 7 giugno 1905, non possa meritare accoglimento, ostandovi principalmente il contratto giudiziale e, ove questo mancasse, l'autorità del giudicato.

Invero se, come risulta dal prodotto estratto del foglio di udienza, la prova testimoniale invocata dalla Cassa Nazionale in tanto veniva ammessa con provvedimento presidenziale, in quanto su quella istanza era intervenuto l'accordo delle parti, è chiaro che le medesime abbiano inteso volontariamente rinunziare a qualsiasi motivo, anche legittimo, che avrebbero potuto opporre all'ammissibilità di quella prova.

Epperò non potrebbero, dopo l'espletamento di questa, far valere eccezioni, cui avrebbero già rinunziato.

D'altra parte, se le appellanti non avessero consentito alla prova chiesta dalla parte avversa, avrebbero dovuto impugnare nei modi e termini di legge il provvedimento che la ammetteva. Esse invece, a mezzo del loro procuratore, come rilevasi dal verbale di esame, non solo vi assistevano, ma espressamente dichiararono di « non opporsi all'espletamento di quella prova, riservandosi solo ogni apprezzamento sul fatto dedotto, in base alle risultanze dell'esame precedente, ed il diritto alla prova contraria ». Onde la loro postuma eccezione incontrerebbe in ogni modo nell'ordinanza presidenziale l'ostacolo insormontabile del giudicato.

Nè potrebbe obbiettarsi che nella specie si tratti di nullità sostanziale ed assoluta che il consenso delle parti non varrebbe a sanare; dappoichè, a prescindere che nessuna ragione di ordine pubblico vieti che dopo l'espletamento di una prova testimoniale se ne faccia una nuova per chiarire circostanze non emerse dalla prima, ed influenti alla decisione della controversia, egli è risaputo che in materia di prova testimoniale l'unica disposizione di legge attinente all'ordine pubblico è quella contenuta nell'articolo 236 del Codice di Procedura Civile e riflettente il divieto di sentire come testimoni i parenti e gli affini in linea retta od il coniuge di una delle parti.

Oltre questo divieto, nessun'altra limitazione è stata imposta alla volontà delle parti, le quali perciò ben possono, quando lo credano utile, consentire all'esperimento di una novella prova senza incorrere nella pretesa nullità.

Nel merito, a torto si dolgono le appellanti della valutazione della prova fatta da primi giudici, allorchè affermano che i medesimi non abbiano voluto prestar fede a' testimoni da esse indotti per la semplice ragione che « erano compagni del povero Bruschi ».

Invero, rileggendo per intero la motivazione della sentenza appellata, appar chiaro come ben altre e più serie ragioni abbiano indotto i giudicanti a convincersi che, se l'infortunio ebbe a verificarsi in persona del Bruschi, desso piuttosto che ai primi di febbraio 1902, come quei testimoni attestavano, sarebbe avvenuto nell'ottobre dell'anno precedente.

Ed in verità non può dirsi erroneo od infondato siffatto convincimento, quando si prendano in esame le deduzioni dell'infortunato e si mettano in raffronto, più che con le risultanze della prova offerta dalla Cassa Nazionale, con gli atti del giudizio e con i documenti prodotti da ambo le parti, donde a preferenza è dato trarre i più solidi e sicuri argomenti, a confronto dell'impugnata decisione.

In effetti, assumeva il Bruschi col libello introduttivo del 30 gennaio 1903, e con le successive comparse ripetevasi anche dai suoi eredi, che egli era rimasto completamente e permanentemente inabilitato al lavoro per avere il primo febbraio 1902 riportato, durante il lavoro, penetrazione di corpo estraneo nella cornea dell'occhio destro, fuoruscita di ernia all'inguine sinistro e contusioni e traumi al torace e ai fianchi, dai quali traumi era derivata pleurite essudativa sinistra, per cui era stato operato di toracentesi e trovavasi tuttavia gravemente ammalato.

Ora, a parte il notare che l'azione veniva promossa nell'ultimo giorno del termine utile, entro cui per l'art. 924 Cod. di Commercio si poteva sperimentarla, egli è fuori dubbio che, per quanto emerge dagli atti e dalle prove raccolte, nessuna denuncia del-

l'infortunio fu mai presentata alla Cassa Nazionale da parte della Società presso cui il Bruschi era addetto come operaio, nè da costui prima di quel giorno fu mai fatta all'uno od all'altro di quegli istituti alcuna rimostranza in proposito, nè tanto meno venne richiesta indennità o sussidio in dipendenza di lesioni o di malattia incoltagli sul lavoro.

E' stata, anzi, esibita dalla Cassa appellata una domanda, a firma del Bruschi, diretta al cav. Luigi Brandt, direttore generale della compagnia dell'allume romano in Civitavecchia, ed in essa, mentre si rammentano i 35 anni di lavoro speso dal Bruschi medesimo a vantaggio delle miniere d'allume e si espone che per ragioni di salute egli si trovi impossibilitato a prestar l'opera sua, si viene, anzichè ad affermare, ad escludere che quell'infermità fosse derivata da sforzo o da accidente incontrato durante ed a causa di lavoro. Perocchè, lungi dall'affermare qualsiasi diritto o pretea d'indennizzo, il Bruschi non fa che «viva e rispettosa istanza alla *generosità* » di quel direttore, perchè si compiaccia fargli concedere un adeguato assegno mensile « per non obbligarlo a mendicare un tozzo di pane ».

Forse a contraddire il contenuto di questo documento, che per altro non è stato punto impugnato, o per attenuare l'importanza del suo significato, nell'interesse del Bruschi, si deduceva in primo grado e si tentava provare che la Società dell'allume gli avesse corrisposta per i primi giorni la giornata di assicurazione, promettendo la liquidazione definitiva dell'infortunio da parte della Società assicuratrice.

Ma i testimoni indotti al riguardo furono tutti concordi nel negare, anche per averlo appreso dallo stesso Bruschi, che il medesimo avesse mai percepito dalla Società dell'allume giornate di assicurazione od altro indennizzo, attestando solo che l'ing. Marchese, direttore della Miniera, lo aveva due o tre volte sovvenuto del suo con qualche *elemosina*.

Essendo pacifico, poi, che l'infortunio non fu mai denunciato, occorre appena rilevare che nessuna pratica potea fare il Bruschi presso la Cassa Nazionale pel pagamento dell'indennità. Nè può dirsi che la Cassa medesima, per non avere specificatamente impugnato simili pratiche, le abbia implicitamente ammesse, estendendosi ad esse la sua impugnativa generica, che rese necessaria la prova testimoniale sugli estremi della domanda. Ed anche rispetto alle ridette pratiche i risultati della prova furono affatto negativi.

Stante ciò, se il patrocinio delle appellanti dal difetto di denunzia e di pagamento di qualsiasi indennità da parte della Società per l'infortunio del 7 ed 8 ottobre 1901 ha creduto trarre un argomento decisivo per dimostrare l'inattendibilità delle testimonianze, che facevano risalire il fatto a quell'epoca, non può lo stesso patrocinio non ravvisare nella omessa denuncia e nella mancata, nonchè percezione, richiesta d'indennizzo da parte del Bruschi un argomento ancor più decisivo per dubitare almeno ch'egli il primo od il 3 febbraio 1902 abbia riportato sul lavoro le lesioni lamentate per la prima volta con l'atto di citazione.

Invano, poi, si spererebbe rinvenire una prova in favore dell'assunto delle appellanti nel prodotto certificato medico del dott. Attilio Sirani, avvegnachè la data 12 febbraio 1902 che ad esso si attribuisce e che, per essere relativamente prossima a quella dell'asserto infortunio, potrebbe avere qualche importanza, non è che l'effetto di una patente alterazione di cifre, eseguita però in modo così grossolano, da far tuttavia distinguere specialmente per differenza d'inchiostro che sotto l'ultima cifra dell'anno era scritto un tre, che si è voluto mutare in due.

E che quel certificato fosse stato effettivamente rilasciato nel 1903, dopo cioè, iniziata la lite, appare dall'apposta autenticazione, che è da presumersi immediata, della firma del dott. Sirani, da parte del sindaco di Tolfa in data 12 giugno 1903, mentre, invece, la registrazione, che soltanto poteva imprimere data certa al documento, non avveniva che nel giugno 1906.

Del resto, se il nominato sanitario avesse davvero visitato il Bruschi subito dopo il lamentato infortunio del febbraio 1902 ed avesse riscontrato le lesioni indicate nel suo certificato, sarebbe stato molto facile alle appellanti indurlo come testimonio, ond'è a presumere che nessun vantaggio potesero ripromettersi da quella testimonianza.

D'altronde, il detto certificato non risponderebbe neppure ai termini della citazione, non facendosi in esso parola di traumi o di contusioni, che avrebbero prodotto la lesione più grave, e per questo verso sarebbe conforme alla deposizione del Dott. Caraffa ed al Cer-

tificato del medesimo in data 31 Gennaio 1903, d'onde risultava esclusa ogni causa traumatica nella pleurite essudativa, in seguito alla quale il Bruschi sarebbe morto.

Se, dunque, le affermazioni dei testimoni indotti dalle eredi Bruschi erano assolutamente incompatibili col contegno tenuto dal loro autore, ed in evidente contrasto col contenuto dei documenti da lui provenienti, ragionevole fu il rifiuto del Tribunale a prestarvi fede; mentre, non ravvisando alcun plausibile motivo di sospetto o di diffidenza rispetto alla prova contraria, ben si avvisava il Collegio medesimo a fondare su di essa la propria decisione, massime in vista dell'assoluta mancanza di ogni generica constatazione della entità delle lamentate lesioni e delle conseguenze da esse prodotte.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI APPELLO DI ROMA

14 marzo 1907 n. 120

Spaziani, *Pres.* — Felici, *Est.*

Ditta Pola e Todescan (avv. *G. Donati*) contro Fratelli Daccò (avv. *G. C.* e *Ann. Gabrielli*).

Commette concorrenza sleale, produttiva del risarcimento dei danni, e repressa tanto dalla vigente legge sui marchi di fabbrica, quanto dal diritto comune, quel commerciante che fa uso dell'insegna o denominazione con cui è accreditata nel mondo degli affari l'azienda altrui, allo scopo di attirare a sè la clientela dell'azienda medèsima (1).

La Corte, ecc. — Attesochè non possa dubitarsi in tesi generale che la denominazione assunta dal commerciante per indicare il proprio commercio dà diritto alla tutela in base ai principii generali del diritto di proprietà ed all'art. 5 della legge 30 agosto 1868 n. 4577. E nel caso particolare i fratelli Daccò reclamano il diritto alla tutela della denominazione da essi adottata di *Wollen Tuch*, sia perchè assunta ad indicare il loro commercio, sia perchè tale denominazione è nuova e caratteristica. Asseriscono essi di aver adottato ad insegna del loro commercio di tessuti di lana le parole *Wollen Tuch*, di aver speso forti somme per far noto a tutta l'Italia tale insegna e di avere perciò acquistato, ad esclusione di qualsiasi altro commerciante del genere, il diritto al possesso esclusivo di detta insegna che glie ne legittima la tutela contro chi, come la Ditta Pola e Todescan, se l'appropriasse a scopo illecito di commercio.

Per i documenti esibiti e per l'appellata sentenza è rimasto accertato che la Ditta Pola e Todescan di Roma aprì in Verona una propria succursale, cui diede il nome di *Wollen Tuch* e che sotto questa leggenda essa fece la *reclame* alla propria azienda di Verona, senza mai accennare che quella azienda fosse una succursale della Ditta Pola e Todescan di Roma. La richiamata legge 30 agosto 1868 all'articolo 5 dispone: « Ferma stante la generale proibizione di usurpare il nome e la firma di una società o di un individuo, è anche proibito di appropriarsi le Ditte commerciali ovvero l'insegna del negozio, l'emblema caratteristico, la denominazione, anche quando la Ditta, l'insegna, l'emblema, la denominazione non facciano parte di un marchio distintivo, o trovansi comunque trascritti in conformità della presente legge ».

Con siffatta disposizione si volle accordare protezione alla proprietà delle Ditte, dei nomi e dell'insegne commerciali, senza che fosse d'uopo di adempiere le pratiche di deposito e di trascrizione imposte dalla legge stessa per i marchi di fabbrica, ben si intende quando non si adoperino come veri e propri marchi.

Non v'ha quindi dubbio che, sebbene i fratelli Daccò non abbiano fornito le prove di avere trascritto ai sensi di detta legge la loro

---

(1) Cfr. da ultimo Cass. Napoli 31 dicembre 1904, *Dritto e giur.* XX, 803 — e 16 febbraio 1905, *Riv. giu. soc.* 1905, 450; Trib. civ. Napoli 30 giugno 1905, *id.* 1905, 456; A. Genova 17 febbraio 1905, *Temi gen.*, 1905, 109; A. Napoli 27 novembre 1905, *Foro ital.* 1906, 1, 42. Però, se l'appellativo è generico, non può costituire un'insegna, tutelata dalla legge. Così fu ritenuto non potersi denunciare come sleale concorrenza l'assunzione del titolo di « Drogheria moderna » per ciò solo che l'attore tenga in città altra drogheria così denominata (Trib. civ. Alessandria 1. giugno 1906, *Giur. tor.* 1906, 774). Veggasi, tuttavia, pel titolo di « Farmacia internazionale » Trib. civ. Genova 1. giugno 1904, *Temi gen.* 1904, 383.

insegna o la denominazione assunta ad indicare la loro azienda, tuttavia essi hanno diritto alla tutela della legge impedendo ad altri di usare della denominazione da essi adottata. E tale protezione trova la sua base nei principii generali che tutelano i diritti di proprietà, e le disposizioni dettate a reprimere l'usurpazione trovano la loro ragione di essere nel principio generale di diritto sancito negli art. 1151 e 1152 cod. civ. senza bisogno della formalità della registrazione occorrente per il marchio. E' pacifico tra le parti litiganti che i fratelli Daccò furono i primi in Italia ad adottare la denominazione *Wollen Tuch* e la Ditta Pola e Todescan non disconosce di avere posteriormente adottata la stessa denominazione *Wollen Tuch* quale insegna per la succursale della sua azienda in Verona.

E poichè è dimostrato che i fratelli Daccò hanno diritto alla tutela della denominazione *Wollen Tuch* che per primi dettero ai tessuti in lana nella Ditta di Milano, ai termini della mentovata legge speciale fa d'uopo esaminare se il fatto di avere la Ditta Pola e Todescan adottata la medesima insegna in una località diversa, e precisamente nella loro succursale della città di Verona, costituisca illecita concorrenza.

Tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza concordano nello ammettere che l'illecita concorrenza possa esplicarsi, anzichè in un atto positivo, in un atto negativo, e che il danno anzichè essere effettivo possa essere potenziale.

Tali questioni vanno risolute col criterio subbiettivo desunto dalla possibilità nel pubblico di essere tratto in inganno. E la concorrenza sleale nella formazione di una insegna sussiste quando vi sia un periodo di confusione fra due aziende a danno di quella più antica.

E confusione sussiste nel fatto in esame.

Ne vale il dire che, avendo la Ditta Pola e Todescan aggiunto alle parole «Wollen Tuch» le altre « sede di Verona » basti questo ad escludere la illecita concorrenza lamentata dai fratelli Daccò, poichè resta sempre vero che l'insegna assunta dalla Ditta Pola e Todescan è *Wollen Tuch*, cioè quella identica già precedentemente adottata dai fratelli Daccò, rilevando che la indicazione «sede di Verona» in contrapposto all'altra «sede di Milano» costituisce appunto concorrenza sleale, giacchè essa tende ad ingenerare l'equivoco che, oltrechè a Milano, i fratelli Daccò avessero una sede succursale anche a Verona. In questo fatto si ravvisa la nota caratteristica della concorrenza sleale che consiste nello ingenerare con maliziosi modi quella confusione tra azienda ed azienda da sviare, traendo in inganno, la clientela. E non v'ha dubbio nella specie in esame che la Ditta Pola e Todescan a solo scopo di creare una concorrenza sleale abbia assunto nel suo negozio di Verona l'insegna *Wollen Tuch* in precedenza adottata dalla Ditta Daccò e da questa resa nota al pubblico con dispendio di denaro.

Nessuna necessità consigliava la Ditta Pola e Todescan ad adottare quella insegna per distinguere il proprio commercio avendo essa una propria insegna « All'Industria Inglese ». E questo fatto di nascondere il proprio nome dietro un'insegna che da altri era già stata adottata non poteva avere altro scopo che quello di trarre profitto della notorietà del nome commerciale dei Fratelli Daccò. Quindi è che la Ditta Pola e Todescan, essendosi valsa di tali mezzi maliziosi per allontanare il pubblico dal negozio altrui ed attirarlo nel proprio, deve rispondere di concorrenza sleale ed illecita.

E neppure può dubitarsi che i fratelli Daccò avessero acquisito il diritto anche in relazione al luogo ove la usurpazione ebbe a verificarsi, poichè per documenti esibiti risulta che mediante l'invio di listini e di cataloghi col mezzo dei propri viaggiatori di propaganda, con le innumerevoli pubblicazioni fatte per i giornali d'Italia che importarono non lievi sacrifici pecuniari, i fratelli Daccò si proposero, e vi riuscirono, di far conoscere ed apprezzare la loro Ditta non già nello ambito ristretto di una città o di una regione, ma in tutta l'Italia. Da ciò ne consegue che il possesso delle denominazioni ed il diritto alla tutela è sempre esercibile anche se la usurpazione per parte di terzi sia stata effettuata fuori della regione ove la Ditta ha la sua sede.

E tanto più il diritto alla tutela trova fondamento, in quanto, nel caso in esame, la usurpazione è avvenuta nella stessa regione settentrionale d'Italia ove la sfera d'azione della Ditta Milanese è più attiva e feconda. Nè alla Ditta Pola e Todescan giova il dedurre che il fatto lamentato fu opera del suo commesso Mauri, poichè essa Ditta, venutane a conoscenza, ebbe a ratificarlo.

Anzi da una lettera in atti esibita, registrata a Milano il 4 dicembre 1905, n. 8169, n. 1459, atti privati con lire 1.20, emerge che l'opera del mandatario Mauri fu voluta e non contrastata dalla Ditta.

Ciò induce a ritenere come fatto proprio della Ditta Pola e Todescan quello compiuto dal suo mandatario Mauri, poichè il mandante, avuta conoscenza dell'opera del mandatario, approvandola, ne assunse la responsabilità.

Nè vale affermare che il nome *Wollen Tuch* non è che la traduzione in lingua Tedesca delle parole italiane « Panno di lana » e che quindi non è vietato di chiamare le cose col nome loro, poichè non trattasi nella spècie di impedire alla Ditta Pola e Todescan di chiamare *Wollen Tuch* il panno di lana che essa vende nei propri negozi, ma le si fa invece carico di avere assunta a denominazione della sua Ditta la parola *Wollen Tuch*, cosa molto diversa. E qualora vuolsi considerare che ambedue le Ditte hanno lo scopo dell'industria e del commercio del vestiario e dello arredamento in genere e non soltanto dei panni di lana, la denominazione *Wollen Tuch*, diretta ad indicare quell'azienda, acquista maggiormente il carattere di denominazione tutelabile. Invero la Ditta Pola e Todescan non ha posto il suo nome o altra insegna nella sua azienda di Verona, ma ha esclusivamente proceduto a designare quella sua azienda col nome che i fratelli Daccò avevano già in precedenza assunto, non per i loro prodotti, ma per la loro azienda. E la Ditta Pola e Todescan per quanto di sopra si è detto non aveva diritto di usarne, sia perchè il diritto nei fratelli Daccò presisteva, in ordine di tempo, all'uso dello stesso nome fatto dalla Ditta Pola e Todescan, sia perchè l'uso di tal diritto dei fratelli Daccò era già acquisito.

Dopo ciò rendesi inutile di scendere alla prova testimoniale invocata dalla Ditta Pola e Todescan. I capitoli di prova da essa Ditta dedotti, non valgono menomamente ad infirmare quelle risultanze per le quali la Ditta appellante è chiamata a rispondere del suo fatto illecito, imperocchè il detto di alcuni dei commessi a chi isolatamente ne avesse fatto richiesta e la importanza rispettivamente delle due Ditte in contesa sono cose non influenti alla decisione della controversia che riguarda il mezzo usato ed atto allo scopo di lucrare, fonte d'illeggittima concorrenza.

La Corte pertanto ritiene doversi rigettare l'appello interposto.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

25 aprile 1907 n. 223

Cardona *Pres.* — Mosca *Est.*

Ferrovie dello Stato (avv. *C. Lanza*) contro Artigiani (avv. *A. Artigiani* e *T. Carletti*).

Il dettato e lo spirito delle condizioni generali per l'applicazione delle tariffe speciali, annesse alla legge 27 aprile 1885, escludono nel vettore la responsabilità per dolo o colpa grave (1).

In ciò non si riscontra nulla di illecito, non trattandosi di condonare preventivamente l'assuntore dei trasporti per l'azione dolosa o colposa che egli commetta e per la quale nessuna pattuizione potrebbe essere valida, ma di esimerlo da quelle responsabilità che personalmente assumano i suoi dipendenti, per quelle prestazioni alle quali costoro sono tenuti per ragione del loro ufficio (2).

Tali atti dolosi o colposi non possono essere imputabili che personalmente agli agenti che li compiono, e non se ne può far risalire la responsabilità all'Amministrazione che non può avere la culpa in eligendo, *tenuto conto dei criteri generali di cautela che l'Amministrazione stessa adotta per la assunzione del personale* (3).

La Corte ecc. — Osserva che, in mancanza di gravame sul capo della sentenza impugnata, relativo all'applicazione al contratto di trasporto in disamina delle norme dettate dalla tariffa speciale, la questione principale da risolversi sta nel vedere, se al caso di ritardo derivato da colpa grave, e non già da dolo, degli agenti ferroviari, escluso per le stesse ammissioni dell'Artigiani specialmente in questa sede, possa estendersi l'art. 7 della detta tariffa, che in qualunque caso di ritardo limita l'obbligo delle ferrovie al rimborso ed all'abbono totale o parziale del prezzo di trasporto.

Tale questione non è nuova, ed è stata ri-

(1-3) La sentenza revocata, 18 maggio 1906 del Tribunale civ. Roma, puo leggersi in questa Raccolta, anno 1906, pag. 278, con richiami, e a noi dispiace prescindendo dal rispetto delle opinioni altrui, quest'altalena continua che fa della giurisprudenza un essere capriccioso al pari della moda.

soluta anche con recenti sentenze di questa Corte di Cassazione nel senso in cui l'hanno decisa i primi giudici.

Per quanto però sia autorevole questa opinione e la confortino argomenti di grave importanza desunti dai principii generali di diritto, secondo i quali è contrario al buon costume e privo di efficacia il patto *ne culpa lata praestetur*, tuttavia non esita il Collegio a seguire l'opposta teoria, perchè, versandosi in tema di colpa contrattuale per cui è applicabile l'art. 1228 e non l'art. 1151, e nemmeno l'art. 1153 Cod. civile, la irresponsabilità è pattuita non pel fatto proprio, ma per quello degli impiegati dipendenti.

A questo convincimento inducono la lettera e lo spirito della citata disposizione.

La lettera, perchè prescrivendo essa, che « per qualunque caso di ritardo, oltre il termine stabilito per la resa delle cose trasportate, l'Amministrazione è tenuta soltanto a rimborsare ed abbonare una parte del prezzo di trasporto proporzionato alla durata del ritardo, oppure l'intero prezzo di trasporto, se il ritardo è durato il doppio del termine anzidetto » lascia chiaramente intendere che nelle parole « per qualunque caso di ritardo » sono comprese tutte le cause del ritardo stesso, e quindi anche la colpa e il dolo civile.

Lo spirito, perchè mentre lo art. 132 della tariffa generale dichiara l'Amministrazione responsabile del personale che impiega nell'esecuzione dei trasporti, e il successivo articolo 140 si richiama per la misura del risarcimento agli articoli 1227 e 1229 cod. civile, quando il danno sia operato con dolo o manifesta negligenza, a tale regola si fa eccezione nel caso in cui il trasporto sia fatto a tariffa ridotta non già per diminuire la responsabilità e la obbligazione di usare nel trasporto delle cose la dovuta diligenza, ma per limitare la misura del risarcimento, considerandola come la conseguenza immediata e diretta del minor prezzo pagato, che vale come corrispettivo dell'esonero da ogni qualsiasi responsabilità indiretta per il dolo o colpa grave dei propri agenti. In tutto ciò non può riscontrarsi alcun che di illecito, non trattandosi di condonare preventivamente l'assuntore dei trasporti dell'azione colposa o dolosa che egli commetta, e per la quale nessuna pattuizione potrebbe essere valida, ma di esimerlo da quella responsabilità che personalmente assumono i suoi dipendenti per quelle prestazioni alle quali costoro sono tenuti per ragione del loro ufficio.

Consistendo infatti la colpa grave nella volontaria omissione di atti e norme indispensabili per l'esecuzione dell'obbligazione, non possono tali atti essere imputabili che agli agenti, che personalmente li compirono; ma non se ne può far risalire la responsabilità all'Amministrazione, che non può avere la colpa *in eligendo* tenuto conto dei criteri generali di cautela che l'Amministrazione stessa adotta per l'assunzione del personale in servizio specialmente dopo che l'esercizio ferroviario è passato allo Stato. Tanto meno può invocarsi il concetto della rappresentanza avendo coloro che assumono la responsabilità diretta agito fuori dei limiti del mandato in violazione degli ordini e delle norme regolamentari.

Sicchè, se per addossare all'Amministrazione tale responsabilità per il fatto dei suoi agenti, fu necessario dichiararla espressamente per i trasporti a tariffa generale ed ordinaria, bisogna ritenere che essa fu eliminata per i trasporti a tariffa speciale in conformità del principio sancito nell'art. 416 cod. di commercio, che, dichiarando nulle le stipulazioni che escludano o limitino la responsabilità, se anche fossero permesse da regolamenti, fa eccezione al disposto dell'art. 405 dello stesso codice redatto quasi negli stessi termini del suddetto articolo 140 della Tariffa Generale, quando alla limitazione di responsabilità corrisponda una diminuzione del prezzo di trasporto stabilita dalla tariffa ordinaria, offerta con tariffa speciale.

Del resto, della pretesa colpa grave degli agenti, l'appellato non fornì nè dedusse alcuna prova, che nemmeno può desumersi dai fatti dedotti nell'interrogatorio, col quale si pretenderebbero risposte inconcludenti, essendo in sostanza relativo ad uno dei soliti disguidi, per erroneo istradamento del collo, che non esce dai limiti di una lieve inadempienza talvolta anche scusabile per le condizioni speciali della linea in determinate stagioni.

Si aggiunga che l'Amministrazione fece il possibile per riparare all'inconveniente verificatosi mediante le attive ricerche, che condussero al rinvenimento del collo medesimo in un termine che per le tariffe speciali non dava a pretendere altro se non la somma fin dal principio offerta dall'Amministrazione.

Per questi motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

27 aprile 1907, n. 225.

Cardona, *Pres.* — Mosca, *Est.*

Ballarati (avv. *U. De Dominicis*) contro Ballarati ed altri (avv. *Aureli Stanislao*).

I due estremi essenziali del fidecommesso sono il conservare e il restituire i beni a titolo di proprietà: quando, invece, la proprietà della cosa da godersi successivamente da più chiamati sia stata lasciata ad una persona distinta e diversa dagli usufruttuari, non più di fidecommesso trattasi, ma dell'usufrutto progressivo, di cui all'art. 901 *codice civile* (1).

La revoca di precedenti disposizioni testamentarie non si estende agli atti posti in essere in forma diversa dal testamento, quantunque destinati ad aver effetti dopo la morte del disponente (applicazione al caso di costituzione di un legato di studi, disposto per atto *inter vivos* (2).

La Corte ecc. — Considera che le questioni da risolversi nella presente causa vanno logicamente esaminate nel seguente modo: 1. se la disposizione fatta dal sacerdote Gabriele Ballarati con atto del 16 settembre 1858, notaio Sartori, costituisca una fondazione od altro ente morale; 2. se nella negativa, essa costituisca una istituzione fedecommissaria, ovvero un legato di usufrutto progressivo; 3. se, ritenuto il legato di usufrutto progressivo, questo sia stato revocato dal Ballarati col testamento segreto del 10 ottobre 1870; 4. se, esclusa la revoca, possa nella specie giudicarsi che il legato di usufrutto progressivo rientri nell'ipotesi prevista dall'art. 902 del Codice civile (annualità da convertirsi in perpetuo o a tempo in oggetti di pubblica utilità).

Che la prima questione va risoluta in senso negativo, per la semplice ragione che nella specie non solo manca qualsiasi riconoscimento sovrano di un ente autonomo, cui appartenga la proprietà dei 250 scudi di rendita destinati dal Ballarati agli scopi indicati nell'istromento del 1858, ma manca persino qualsiasi intenzione nel disponente di creare all'uopo un ente autonomo; tanto è vero che egli all'art. 6 del detto istromento prescrisse che nel caso di estinzione della stirpe tanto del nipote ex-fratre Achille Ballarati, quanto del nipote ex-sorore Pietro Jacobelli i detti 250 scudi di vendita si devolvessero a favore del Municipio di Valmontone, con l'obbligo nel medesimo di educare e mantenere agli studi due giovanetti del luogo. La quale devolusione dimostra evidentemente come il Ballarati non ebbe nemmeno l'idea di fondare un ente a sè, che avesse come dotazione o patrimonio i 250 scudi di rendita da destinare all'educazione ed istruzione di uno o due giovinetti discendenti da Achille Ballarati, ovvero da Pietro Jacobelli, o, in mancanza, di due giovanetti di Valmontone.

Che in ordine alla seconda quistione bene si apposero i primi giudici nell'escludere che la disposizione Ballarati del 1858 contenesse una istituzione fedecommissaria, istituzione che nel 1858 non era nemmeno consentita su mobili o su crediti dalla legislazione pontificie, e che è ora espressamente vietata su qualunque specie di beni dal nostro codice civile. Com'è noto, conservare e restituire sono i due estremi essenziali del fedecommesso; « qualunque disposizione, dice l'art. 899 del Cod. civ., colla quale l'erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona è sostituzione fedecommissaria ed è vietata ». Ora il conservare e restituire importa che le varie persone chiamate l'una dopo l'altra al godimento della cosa, con l'obbligo dell'inalienabilità e della restituzione, abbiano successivamente la proprietà di essa, proprietà inalienabile, ma pur sempre proprietà; in altri termini perchè vi sia fedecommesso occorre che non esista altra persona diversa dai successivi chiamati, la quale abbia diritto alla proprietà della cosa. Se invece questa persona esiste, se i successivi chiamati non abbiano avuto dal testatore

(1) Sull'usufrutto progressivo e la sua differenza dal fedecommesso vedi LOSANA, in *Digesto ital.*, voce *Successioni testamentarie*, n. 1015 e seg. Cfr. anche A. Ancona 24 settembre 1890, *Legge* XXX, 2, 698; Cass. Napoli 12 maggio 1880, *id.* XXI, 1, 591; A. Trani 9 giugno 1905, *Foro Puglie* 1905, 364; Trib. civ. Catanzaro 20 ottobre 1905, *Cron. giud.* 1906, 17, con nota di M. GRECO.

(2) Considera per utile raffronto la decisione 14 luglio 1883 della Cass. Torino, nella causa Arrivabene c. Magri (*La giur. sul Cod. civ.*, Roma, Camera dei Deputati, 1892, vol. II, parte I, sotto l'art. 910).

o disponente anche la qualità di proprietari, sebbene con l'obbligo della inalienabilità o della restituzione, ma la proprietà sia stata lasciata ad altra persona, la quale in un tempo più o meno remoto, ed al verificarsi di determinate condizioni, è chiamata a riunire in sè proprietà ed usufrutto, allora non di fedecommesso può parlarsi, ma soltanto di usufrutto progressivo. E' vero che anche nel fedecommesso i successivi chiamati non hanno, in fondo, maggiori poteri dell'usufruttuario, e che si potrebbe facilmente eludere la disposizione dell'art. 899 del Cod. civ. col nascondere un vero e proprio fedecommesso sotto la parvenza di un'istituzione vincolata ad usufrutto progressivo; ma è vero altresì: *a*) che il fedecommesso e l'usufrutto progressivo sono in sè due istituti giuridici differenti, avendo per carattere differenziale l'inesistenza o l'esistenza di un proprietario diverso dall'usufruttuario; *b*) che il nostro legislatore ha distintamente contemplati questi due istituti distinti, negli articoli 899 e 901 del Cod. civ. e 24 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice stesso (nel quale ultimo articolo si parla dell'abolizione dei fedecommessi, ma non altresì degli usufrutti progressivi costituiti sotto l'impero delle leggi precedenti); *c*) che, ad evitare appunto il pericolo della rinnovazione del fedecommesso sotto forma di usufrutto progressivo, l'art. 901 ha provvidamente stabilito che la disposizione, colla quale è lasciato l'usufrutto o altra annualità a più persone successivamente, ha soltanto effetto in favore dei primi chiamati a goderne alla morte del testatore, salva l'eccezione di cui nel successivo art. 902. A tutto ciò si aggiunga che la disposizione corrispondente all'art. 901 del Cod. civ. italiano ha la sua origine storica nell'art. 891 del Codice Albertino, il quale venne introdotto in quel codice appunto perchè l'abolizione dei fedecommessi non era valsa a colpire anche gli usufrutti successivi. E di ciò s'intende agevolmente la ragione quando si rifletta che lo scioglimento dei fedecommessi giova al possessore ed al primo chiamato, cui si devolvono in parti uguali i beni fedecommissari (non essendovi altra persona diversa che abbia dritto alla proprietà) mentre l'abolizione o il divieto dell'usufrutto successivo giova soltanto all'erede o al legatario della proprietà, cui l'usufrutto viene a ricongiungersi dopo la morte degli usufruttuari primi chiamati. Non è esatta quindi l'opinione di coloro i quali sostengono che l'usufrutto successivo o progressivo non sia se non una categoria speciale dei fedecommessi, e che, se nessuna disposizione particolare vi fosse sul riguardo nel codice dovrebbero applicarsi ad esso gli art. 899 del codice stesso e 24 delle disposizioni transitorie. Se dunque non vi ha sostituzione fedecommissaria, ma semplice usufrutto progressivo, ogni qualvolta la proprietà della cosa da godersi successivamente da più chiamati sia stata lasciata ad una persona distinta e diversa dagli usufruttuari, ne viene di conseguenza che nella disposizione Bellarati del 16 settembre 1858 non possa ravvisarsi un fedecommesso, ma bensì un usufrutto successivo. E ciò per doppia ragione: in primo luogo perchè l'oggetto del lascito ai successivi chiamati non fu il godimento d'immobili o di mobili *stricto sensu*, ma i frutti di un capitale da rimanere immobilizzato presso l'amministrazione del Debito Pubblico; donde l'inapplicabilità alla specie dei concetti del *conservare* e del *restituire*, i quali presuppongono una cosa materiale, quale certamente non è il diritto personale ai frutti; in secondo luogo perchè nella disposizione del 1858 è chiaramente designata la persona cui spetta, secondo il concetto del testatore, la nuda proprietà del capitale dei 250 scudi di rendita, nuda proprietà che dovrà in un tempo più o meno remoto, ed all'avverarsi di alcune condizioni, ricongiungersi con l'usufrutto. E questa persona è indubbiamente il Municipio di Valmontone, come a giudizio del Collegio si desume dall'art. 6 dell'istrumento del 1858 il quale è così concepito: « Finalmente nel caso di estinzione della linea tanto mascolina che femminina dell'anzidetto Pietro Jacobelli vuole che il godimento del Pio Istituto o Legato di studî passi al Municipio di Valmontone con l'obbligo di educare e mantenere agli studi due giovanetti del luogo con quelle leggi e condizioni che l'anzidetto D. Gabriele Ballarati viene a determinare qui appresso ».

Che, in ordine alla terza quistione, rettamente giudicarono i primi giudici quando ritennero che la disposizione Ballarati, contenente l'istituzione di usufrutto successivo da aver vigore dopo la morte del disponente, non fosse stata revocata da quest'ultimo col testamento segreto del 10 ottobre 1870 aperto e pubblicato il 22 aprile 1875, notaio Franchi Cur-

zio, il quale testamento comincia con le parole: « Conoscendo di dover morire, ho risoluto di fare il presente testamento, annullando qualunque altro avessi fatto primo di questo». Sia pure, infatti, che l'istrumento del 1858 contenesse in sostanza una disposizione testamentaria, come quella che, per l'art. 18, doveva principiare ad aver effetto dopo la morte del disponente; sia pure che essa non possa qualificarsi, secondo la legislazione pontificia, come una *donatio mortis causa*, e che ad ogni modo, per la sopravvenuta legislazione italiana, fosse divenuta revocabile; è certo però che quella disposizione non può affatto ritenersi revocata dal Ballarati col testamento del 10 ottobre 1870, poichè la clausola revocatoria » annullo qualunque altro testamento che avessi fatto prima di questo » si riferisce evidentemente a quegli atti che il Ballarati aveva precedentemente fatto in forma di testamento, non già agli atti che, come quello del 16 settembre 1858, esso Ballarati aveva posto in essere in forma diversa e con espressa dichiarazione d'irrevocabilità, sebbene potessero eventualmente contenere disposizioni testamentarie. Tanto era lungi dalla mente del Ballarati di reputare come disposizione testamentaria l'atto del 16 settembre 1858, che quest'atto comincia con la seguente sua dichiarazione: « sebbene la presente disposizione debba aver effetto dopo la sua morte, intende e vuole che abbia forza di atto *inter vivos*, e perciò irrevocabile ». Non s'interpreterebbe quindi la volontà del testatore, ma si contraddirebbe apertamente alla medesima, se si estendesse anche all'istrumento del 16 settembre 1858 la clausola con cui si revoca qualunque altro testamento anteriore, la quale si legge nel testamento segreto del 10 ottobre 1870; e ciò supposto sempre, in ipotesi, che, nonostante la dichiarazione d'irrevocabilità, la disposizione del 1858 fosse in origine, o fosse diventata in seguito, revocabile.

Che quanto alla quarta questione è evidente che, dopo la soluzione data alla seconda, l'attore ed appellante Antonio Pio Ballarati, secondogenito di Achille, non ha più interesse nè diritto di domandare che sia limitata l'efficacia dell'usufrutto successivo ai soli primi chiamati, cioè a Carlantonio ed Achille Ballarati, ovvero a quest'ultimo ed al primogenito di esso.

Ritenuto, infatti, che non si tratta di sostituzione fedecommissaria, ma di un usufrutto successivo di un capitale lasciato in proprietà al Municipio di Valmontone e che questo sia stato dal disponente chiamato a riunire in sè, in un tempo più o meno remoto, l'usufrutto alla proprietà, ne viene di conseguenza che il detto Municipio è la sola persona che abbia interesse e diritto di agire per l'applicazione al caso in esame della regola stabilita nell'art. 901 del Cod. civ. (limitazione dell'usufrutto ai primi chiamati), anzichè dell'eccezione contenuta nell'art. 902 (validità dell'usufrutto successivo di annualità da convertirsi in soccorsi all'indigenza, o in altri oggetti di pubblica utilità). Imperocchè, qualora si riconoscesse che l'usufrutto progressivo disposto dal Ballarati fra i discendenti del suo nipote *ex-frate* Achille Ballarati o in mancanza del suo nipote *ex-sorore* Pietro Jacobelli non avesse per obbietto annualità destinate costantemente o pervalentemente a scopo di studii, ovvero qualora si ammettesse che per conservare alla disposizione la sua efficacia dovessero essere destinate a scopo di studi anche le annualità di rendita che maturano in quei periodi di tempo in cui i figli dell'usufruttuario non abbiano ancora raggiunta l'età di andare a scuola in un collegio o seminario romano, o abbiano compiuto i loro studi, chi verrebbe a profittare dell'eventuale limitazione del godimento dell'annualità ai primi chiamati, ovvero della destinazione delle annualità della rendita nei detti periodi di tempo al mantenimento agli studi in Roma di altri giovinetti, sarebbe certamente il Municipio di Valmontone. Vero è che anche questo Municipio è stato chiamato nel presente giudizio, ma esso in prima istanza non ha preso alcuna conclusione ed in questa sede di appello è rimasto contumace. Non può quindi l'attore ed appellante agire per lui, non essendo consentito ad alcuno di proporre una istanza od un'eccezione *de jure tertii* (art. 36 Cod. proc. civ.).

Per questi motivi, ecc.

GIUNTA D'ARBITRI DI ROMA

21 maggio 1907, n. 9

Carretto *Pres.* ed *Est.*

Università agraria di Palombara Sabina (avv. *Urbano Urbani*) contro Comune di Palombara Sabina e Torlonia (avv. *S. Aureli* e *A. Pagnoncelli*).

Anche contro le decisioni pronunciate dalle Giunte d'arbitri può sperimentarsi l'opposizione di terzo contemplata dall'art. 510 del Cod. di proc. civile (1).

Un'associazione agraria, di cui fa parte una sola classe di cittadini, non può rappresentare la generalità degli abitanti; onde l'opposizione di terzo spiegata dall'associazione dei boattieri non può spiegare i suoi effetti relativamente a quei diritti che spettano alla generalità degli abitanti (2).

Quando i boattieri o possessori di bestiame hanno diritti propri riconosciuti da documenti e dal catasto, pagarono tasse al Comune, presero parte ad un giudizio relativo a tali diritti, sebbene non avessero organi di rappresentanza e statuti, debbono, prima della legge 4 agosto 1894, considerarsi come associazione di fatto distinta dalla cittadinanza del Comune e rappresentata allora da questo, non essendovi opposizione d'interessi (3).

Agli effetti della legge del 1894 bisogna distinguere fra associazioni di utenti create dalla legge abolitiva delle servitù civiche 24 agosto 1888, le quali debbono essere costituite, e quelle preesistenti a detta legge che ipso facto *sono riconosciute come persone giuridiche dalla legge del 1894* (4).

All'immediato riconoscimento di queste ultime associazioni non occorre sia stato assegnato *il dominio collettivo; basta la certezza* che sarà assegnato, *basta cioè l'incontestato diritto civico o l'esercizio di esso da parte dell'associazione* (5).

Il criterio per distinguere fra associazioni create dalla legge ed associazioni preesistenti deve ricercarsi nell'art. 16 della legge 24 agosto 1888, che discerne gli enti od associazioni di fatto, che godevano della servitù civica o del diritto, dagli enti che dovevano formarsi dal Ministero di agricoltura su proposta delle Giunte (6).

Tuttavia quando l'ente riconosciuto quale persona giuridica è formato dalla generalità degli abitanti e, data la vasta indeterminatezza dei suoi componenti, ha bisogno per acquistare vita organica di essere convocato e costituito, allora salva opposizione di interessi, il Comune per legge di necessità può sino al giorno della costituzione continuare come un negotiorum gestor *nella rappresentanza e difesa dell'ente stesso, anche dopo la legge del 1894* (7).

Non può ritenersi in alcun caso che il Comune abbia in giudizio la rappresentanza di una associazione quando ne sconosce i diritti o li reclama per sè (8).

La Giunta ecc. — Sostiene l'Università agraria che la classe dei boattieri esercita *ab immemorabili* in Palombara Sabina il diritto di semina sui quarti aperti ora di proprietà Torlonia, e tale diritto detta classe esercitava nel 1888, quando furono pubblicate le leggi d'affrancazione e nel 1895 quando fu pronunciata la sentenza di cui si duole. Perciò parti interessate nell'affrancazione del diritto di semina, nonchè di quello di pascolo dei bovi aratori, giusta l'intestazione del catasto, erano essi boattieri che invece per nulla figurano nella sentenza, la quale venne ad attribuire al Comune quel corrispettivo che alla classe dei boattieri spettava.

Onde se poi tali corrispettivi in parte furono loro ceduti dal Comune, l'associazione che prima del 1894 esisteva di fatto, dal 1894 al 1897 giuridicamente, e dal 1897 in poi giu-

(1-2) La stessa Giunta, con altra decisione del 3 agosto 1905, redatta pure dal chiarissimo sig. giudice CARRETTO, autorevole membro della Commissione ministeriale che attende alla riforma dei dominii collettivi, ritenne che contro i pronunciati, anche se inappellabili, delle Giunte di arbitri può sperimentarsi la domanda di revoca negli identici casi, stabiliti dall'art. 494 Cod. proc. civile (ved. questa Raccolta, anno 1905, pag. 520, con nota di richiami.

(3-8) Non conosciamo precedenti su queste massime, che tuttavia non esitiamo ad approvare incondizionatamente.

Sulla costituzione delle associazioni agrarie veggasi, da ultimo, Cass. Roma, 19 gennaio 1907, in questa Raccolta, anno corr., pag. 159.

ridicamente ed organicamente, ricevette i corrispettivi stessi facendo quelle riserve che sono contenute nel verbale 14 ottobre 1897 in atti prodotto, e ciò non impedisce che essa oggi possa fare opposizione di terzo contro quel giudicato che senza la legittima rappresentanza degli utenti pronunciò nell'affrancazione, e da cui ebbe pregiudizio.

La difesa di casa Torlonia, validamente assecondata nei mezzi, se non nel fine, dal Comune, il quale vuol dimostrare di avere in quel giudizio agito giuridicamente e cautamente con le più ampie garanzie degli utenti, sostiene pregiudizialmente, che nei giudizi arbitrali non è esperibile l'opposizione di terzo. Tuttavia, pur concessa in ipotesi l'esperibilità di una tale azione, nega che i boattieri possano dirsi terzi in quel giudizio in cui, sia che si trattasse di diritto comunale, sia si trattasse di diritto civico, la legittima rappresentanza sempre sarebbe spettata al Comune, giusta quanto dispongono le leggi abolitive degli usi civici le quali fanno una sola eccezione, quando eventualmente sorga tra Comune ed utenti un conflitto di interessi (art. 10, T. U. 1891). Venendo poi a discutere sulla influenza che possa in questa causa avere la legge 4 agosto 1894 sull'ordinamento dei dominii collettivi, la quale succedette alle trattative di affrancazione fra i Torlonia ed il Comune, ma già vigeva quando la decisione ora opposta venne pronunziata, la difesa stessa distingue tra associazioni preesistenti, cui venne dalla legge riconosciuta personalità giuridica, ed associazioni di utenti che la legge stessa volle creare ai fini degli articoli 3 e 9 della legge 24 giugno 1888. Nega, discutendo sugli atti e sui documenti, che l'associazione dei boattieri esistesse quando la legge fu promulgata e sostiene che l'arte agraria, cioè quell'associazione che oggi agisce, non è una forma rimodernata di vecchia associazione, ma bensì è sorta solo nel 1897 quando si costituì un regolamento ed un'amministrazione. Non poteva perciò prender parte al giudizio del 1895. Del resto, osserva la difesa sullodata, le nuove associazioni non hanno il còmpito di partecipare ai giudizi di affrancazione, ma bensì quello solo di raccoglierne i frutti, tanto che non ostante la legge del 1894 sempre vige l'art. 10 del testo unico del 1891 che appunto provvede alla rappresentanza degli utenti.

Passando poi ad altro ordine di idee osserva che ad ogni modo la concordia fu conclusa prima del 1894, e la decisione del 1895 altro non fece che sanzionare il compenso resosi legittimamente perfetto prima che la legge del 1894 entrasse in vigore; onde l'opposizione spiegata dall'Università non può avere in tal legge il fondamento, nè d'altra parte è proponibile in quanto, non ostante qualsiasi riserva, sta il fatto che l'Università accettò i prodotti dell'affrancazione. Ed in ultimo un grave ed insormontabile ostacolo all'intento della opponente trovano i Torlonia nella considerazione che, anche se venisse gettata nel nulla la sentenza opposta, sempre dovrebbe la Giunta riconoscere l'accordo intervenuto il 25 giugno 1894, e pronunziare, in confronto dell'ente agrario, la stessa affrancazione che fra le parti fu concordata, giacchè l'applicazione che si fece allora dell'art. 9 era adeguata ai bisogni del popolo, e se oggi si ha la prova di maggiori desideri non si ha la prova di maggiori bisogni nè di maggiori diritti.

La Giunta, sulla pregiudiziale adombrata dalla predetta difesa circa la improponibilità dell'opposizione di terzo, osserva come siffatto mezzo straordinario di impugnare le sentenze non sia per nulla incompatibile con la giurisdizione alla Giunta affidata, perocchè le sentenze che questa pronuncia hanno la stessa efficacia di quelle che pronunzia l'autorità giudiziaria, e, a differenza di quanto avviene per gli arbitri privati nominati nei compromessi, l'autorità alla Giunta deriva direttamente dalla legge ed ha caratteri di permanenza, essendo esse costituite parallelamente alla autorità giudiziaria, come organismi giurisdizionali speciali.

Una necessità organica adunque si impone affinchè a questi giudizi vengano applicati quegli istituti del Codice di rito che coi giudizi stessi non sieno incompatibili, ovvero non siano dalla legge speciale espressamente esclusi.

Ammessa pertanto la proponibilità dell'azione occorre esaminare se dell'azione ricorrano gli estremi, se cioè effettivamente possa ritenersi che i boattieri sieno terzi in rapporto alla sentenza impugnata e se questa abbia pregiudicati i loro diritti.

Ora dai documenti prodotti e da quanto le parti hanno ammesso la Giunta in fatto rileva come l'Università, da cui l'azione fu

promossa, è oggi disciplinata dal regolamento approvato il 7 marzo 1897 ed è composta dalle persone *sui iuris* domiciliate e residenti da oltre 10 anni in Palombara, le quali possiedano almeno due buoi; da quei cittadini, insomma, che secondo antica consuetudine erano chiamati *boattieri*. Trattasi adunque evidentemente di una classe, cioè di una parte della cittadinanza che, avendo come sostrato o fondamento potenziale del diritto l'incolato, dimostra il verificarsi in atto di una condizione, che le dà il titolo per esercitare attualmente il diritto civico.

Ma tale classe fu creata nel 1897 ovvero preesisteva a tale data ed alla legge 4 agosto 1894 sull'ordinamento dei dominii collettivi, almeno quale associazione di fatto?

A tale indagine giovano i documenti. La concordia del 24 dicembre 1811, il più antico di quelli prodotti, intervenne tra Sua Altezza Imperiale il principe Camillo Borghese ed i procuratori di tutti i capi di famiglia ed altri possessori di terreni responsivi e canonati del territorio di Palombara, ed ebbe come occasione il rifiuto di tali possessori di terreni a pagare le risposte ed i canoni dicendoli soppressi dalla legge 24 luglio 1809 abolitiva dei diritti feudali. Nella concordia si distinse fra terreni di pieno dominio originario di Sua Altezza e quelli responsivi o canonati, per rendere liberi quest'ultimi. Ne conseguì pertanto quasi un completo regolamento della proprietà fondiaria di quel territorio; ed in esso ripetutamente si fa menzione della classe o ceto dei boattieri e se ne riconoscono i diritti, specialmente il diritto di seminare, che chiamasi prelazione di lavorare i tre quarti ivi designati, (par. 1), col correlativo obbligo della corrisposta (par. 4) e del rimborso di un decimo della fondiaria (par. 5); nonchè del pascolo dei bovi aratori (par. 2) e del pascolo sul quarto Campanile (par. 3).

Dal secondo documento poi appare come con verbale di affrancazione in data 1. agosto 1868, passato fra il principe Marcantonio Borghese ed il Comune e magistratura di Palombara, rappresentata giusta il disposto del par. 20 dell'editto di segreteria di Stato 24 novembre 1850 dal priore municipale Mario Tosi, si procedette all'affrancazione del pascolo *goduto in parte dai boattieri*, in parte dai naturali ed abitanti, in parte dal Comune di quel luogo (vedi relazione degli agrimensori Petri-Balzarini); ed a ciò si addivenne dopo aver enumerati partitamente nel progetto 25 luglio 1865 (allegato n. 6) i diritti stessi quali risultano dalla detta concordia del 1811, nonchè da altra 23 febbraio 1835 atti Bonazzi.

Dal terzo documento, cioè dal certificato catastale prodotto, risulta inoltre che nella matrice dei terreni del Comune, posta in vigore il 1. gennaio 1859, i proprietari di bovi aratori sono replicatamente iscritti per il pascolo esclusivo sopra certi terreni, promiscuo con casa Borghese, o col Comune sopra altri; e se non trovansi inscritti per lo *ius serendi*, la ragione rilevasi dall'accennato paragrafo 5 della concordia del 1811.

Oltre a questa serie di elementi di indagine che trovano rilevantissimo riscontro in un documento che emana dallo stesso Comune, quale è l'elenco delle servitù civiche formate a sensi della legge del 1888 vistato dal prefetto, risultano ancora dai documenti altri ordini di fatti, certo non meno influenti nell'indagine medesima.

Dai ruoli esistenti nell'archivio comunale apparisce che i boattieri dal 1870 al 1897 pagarono per l'*esercizio della semina* (certificato 19 marzo 1907) una somma che da L. 1000 discese a L. 500.

Di più nel maggio 1882 il principe Borghese instituì avanti il Tribunale di Roma un'azione negatoria della servitù di semina sul quarto della Cesarina; e la relativa citazione notificò non solo al sindaco ma anche a 50 boattieri di Palombara, dei quali gran parte costituirono procuratore e sostennero col Comune la lunga causa, la quale ebbe esito infelice avanti alla Corte di rinvio in Bologna.

Vero è che nell'atto introduttivo di quel giudizio 30 maggio 1882 l'attore dice di non sapere se esistesse o chi avesse la rappresentanza del ceto di boattieri, ma vero è del pari che da ogni atto e documento della causa, i cui fascicoli vennero integralmente dal Comune prodotti, risulta della esistenza di questo ceto o classe, il cui numero alcune volte fu ridotto a minima misura sino a tredici ed undici boattieri, e che tentò anche in una causa del 1841, richiamata in quella dei 1882-90 sulla Cesarina, di crearsi una rappresentanza per mezzo di tre boattieri che quella causa sostennero.

Così stando le cose la Giunta, dopo aver valutati siffatti elementi di prova nel loro complesso, non dubita della esistenza fino al 1894 in Palombara di una associazione di

fatto di cui facevano parte i boattieri tutti del Comune, associazione di fatto che aveva il suo obbietto in una ben determinata serie di diritti canonizzati in documenti solenni e nel catasto; associazione distinta e per il suo soggetto e per l'oggetto della intera cittadinanza del Comune di Palombara e dal Comune medesimo; associazione a cui incombevano obblighi propri e distinti così verso il proprietario dei fondi soggetti (corrisposta, rimborso di tassa) come verso il Comune (almeno dal 1870 in poi), mediante una imposizione evidentemente preordinata non a rappresentare il corrispettivo di un esercizio ceduto, chè l'esercizio della semina era dei boattieri, ma bensì il concorso della classe a sostenere i carichi del Comune.

Tuttavia, eccettuando l'accennato tentativo del 1841, traccia di un organismo amministrativo della classe, e di una legittima rappresentanza di essa, non si trova negli atti, onde lecito è il supporre che o si amministrasse come qualunque società agraria di fatto, o fosse amministrata dal Comune. Ciò spiega che nella concordia del 1811 la classe, mancando di personalità giuridica, si immedesimasse con tutti i possidenti comparsi in quell'atto, tanto più che non si trattava di transigere sui loro diritti ma di riconoscerli; spiega pure che nel 1868, sebbene l'associazione di fatto esistesse, il priore capo della magistratura in nome del Comune ne assumesse la rappresentanza; spiega in ultimo che le cause sulle opposizioni agli elenchi fatte nel 1889 dal principe Borghese Don Giov. Battista, in ordine all'estensione del legnatico, semina e pascolo, siano state rivolte non contro la classe, ma contro il Comune e dopo due anni circa di rinvii sieno state le opposizioni stesse nei rapporti del Comune risolte con sentenza 16 dicembre 1892 la quale, eliminate le divergenze, nominava un perito per la liquidazione.

Il Comune in sostanza per sua natura e funzione, e per gli ordinamenti dell'antico regime e del nuovo, ben poteva difendere, sebbene non fossero i propri, gl'interessi ed i diritti dei cittadini, o di una classe di essi, a meno che non nascesse opposizione di interessi ovvero l'ente o classe non fosse o divenisse un ente giuridico con personalità propria e distinta.

Ma intanto iniziatesi pratiche di amichevole componimento sin prima del progetto Ameli-Betti del 1890, seguite lunghissime discussioni, accettate le risultanze della nuova perizia Petti-Sarmiento su cui si svolse la memorabile discussione nel Consiglio comunale, 25 giugno 1894, riassunta la causa d'ufficio avanti questa Giunta d'arbitri per il 26 stesso mese sui rapporti fra il Comune di Palombara rappresentato dal suo sindaco e la principessa Anna Maria Torlonia, messa la causa in deliberazione all'udienza del 6 luglio 1895 in cui le parti leggevano conclusioni convergenti, fu pronunziata la sentenza 15-25 luglio 1895 che decideva in conformità della perizia.

Ed appunto prima che una tale sentenza venisse pronunziata, con la promulgazione della legge 4 agosto 1894 sull'ordinamento dei domini collettivi, si compieva un fatto decisivo per questa causa, poichè per virtù dell'articolo 1, le associazioni di utenti *create* dalla legge del 1888 erano *costituite* in enti morali, quelle *preesistenti* erano *riconosciute* come tali (rel. Pittoni 20 febbraio 1894, pag. 24); e siccome fra le associazioni preesistenti la prima parte dell'articolo stesso enumerava appunto quelle a profitto di una determinata classe di cittadini, l'associazione di fatto dei boattieri, da tanti anni esistente a Palombara, veniva per virtù di legge, all'atto stesso, in cui entrava in vigore, ad acquistare vita giuridica propria ed indipendente dal Comune e da qualsiasi altra persona.

Questa distinzione fra associazioni riconosciute ed associazioni costituite dalla legge del 1894 non si nega nemmeno dalla difesa dei Torlonia, la quale tuttavia, come sopra fu esposto, ritiene che in forza di questa legge solo possano costituirsi in ente morale quegli utenti i quali già ebbero assegnato il corrispettivo dell'affrancazione a sensi degli articoli 3-9 della legge del 1888: ma una siffatta interpretazione apparisce troppo restrittiva quando si ponga mente al significato letterale e logico delle espressioni usate nello art. 1, della legge 4 agosto 1894: « sono costituiti in virtù della presente legge in associazione gli utenti ai quali sia stata o *sarà assegnata* la proprietà collettiva ».

La condizione infatti, che la legge pone alla immediata costituzione in ente e riconoscimento della personalità giuridica, non sta solo nell'attuale possesso, e nell'assegnazione effettiva del dominio collettivo, ma bensì nella sicurezza che tale dominio *sarà asse-*

gnato; cioè nel diritto incontestato o nell'esercizio attuale degli usi civici che dovranno venire affrancati.

Onde l'articolo 10 della legge del 1888 ben può mantenere la sua efficacia, anche dopo la legge del 1894, per dar modo alle popolazioni, in conflitto di interessi col Comune, di avere una rappresentanza, come è data ai nascituri, nelle cause in cui si contesta l'uso civico, e quindi rimane tuttavia dubbia la condizione di loro esistenza e futura costituzione in ente morale.

Invocansi ancora dalla difesa medesima gli articoli 2 e 3 della legge del 1894, sostenendo che ad ogni modo l'associazione dei boattieri poteva aver vita prima dell'approvazione del regolamento, della convocazione degli utenti e della nomina degli organi rappresentativi.

Tale argomento però non regge confondendosi l'ordinamento organico dell'ente con la sua giuridica esistenza, che deriva dalla legge, non appena si verifichino le condizioni da essa imposte.

Nè può in questo caso invocarsi una impossibilità materiale di chiamare in causa l'associazione, per difetto di organi rappresentativi, poichè, a prescindere che il sindaco poteva e doveva ovviare a tale difetto, l'affrancante, trattandosi di un numero limitato e determinato di utenti, poteva citarli singolarmente, come già aveva fatto nella causa relativa alla Cesarina.

Il criterio per la risoluzione del grave e complesso problema, piuttosto che altrove, deve ricercarsi nell'art. 16 della legge 1888. Per questo, nella prima parte, si impone che i prodotti dell'affrancazione siano assegnati all'ente od associazione di fatto che godevano della servitù o diritto affrancato; mentre nel capoverso si stabilisce il modo per creare nuovi enti. Questi ultimi sono gli enti od associazioni che la legge del 1888 ha creati, quelle le associazioni che essa ha trovate esistenti, e la legge del 1894 ha riconosciute come persone giuridiche.

Alle prime tuttavia possono per legge di necessità essere sino a un certo punto equiparate le sole associazioni formate dalla generalità degli abitanti, in quanto per la loro vasta indeterminatezza, e per essere state sempre in virtù di antichi ordinamenti amministrate, rappresentate e quasi immedesimate nel Comune, non poterono per la legge del 1894 essere *ipso facto* riconosciute; ma debbono prima di avere una rappresentanza propria essere costituite organicamente. Perciò sebbene come enti, data l'attualità di esercizio del diritto oppure la già avvenuta assegnazione del dominio collettivo, abbiano in virtù della legge del 1894 acquistata esistenza giuridica distinta da quella del Comune, pur tuttavia possono da questo, salva sempre la opposizione d'interessi, continuare ad essere difese e rappresentate come da un *negotiorum gestor*, il quale, avendo intrapreso ad amministrare i beni di alcuno, continua in tale amministrazione e rappresentanza fino al giorno in cui venga rimosso il materiale impedimento che toglie al rappresentato di amministrarsi e difendersi da sè medesimo. Dalle quali considerazioni e distinzioni pertanto deriva che l'associazione di fatto dei boattieri di Palombara determinata per le persone e per l'oggetto, con esercizio in atto della servitù di semina e di speciali servitù di pascolo, ed alla quale per il citato articolo 16 doveva essere assegnato, salvo il capoverso dell'articolo medesimo, il corrispettivo dell'affrancazione, era nel 1895 una persona *sui iuris*, riconosciuta come persona giuridica, capace di essere rappresentata dai suoi singoli componenti, e perciò ben poteva e può ritenersi *terza* di fronte all'ente Comune.

Del resto dato che in tale associazione, come fu *dimostrato, esistesse il diritto* e la capacità del diritto, non può presumersi legittimo il contraddittorio nella causa in cui di tali diritti si trattava senza la sua presenza; ed a togliere la taccia di illegittimità del contraddittorio solo potrebbe osservarsi che la classe era rappresentata dal Comune parte in causa.

Ma il Comune non poteva, e quel che più importa non voleva assumere la rappresentanza della classe, in quanto egli intendeva affrancare i diritti come propri, od almeno come attinenti alla intiera popolazione, mettendosi, così, in aperto conflitto con la classe che al momento della affrancazione li esercitava e li pretendeva in forza di titoli e di un immemorabile possesso di fatto. Ciò rilevasi dalle conclusioni emesse in quella causa, dalla pretesa che la tassa imposta alla classe sia il corrispettivo di un diritto ceduto, dalle riserve fatte nell'anno 1897 quando il Comune consegnò i beni alla classe e sostenne di ciò fare perchè costretto dalle superiori autorità.

Avvenne pertanto che il Comune ebbe as-

segnati a sè quei beni che dovevano assegnarsi o alla classe, o quando ne ricorressero i casi, su proposta della Giunta, impiegarsi in quel modo che avrebbe determinato il Ministero d'agricoltura, secondo la facoltà dell'art. 16, donde sorge il secondo estremo, quello cioè del pregiudizio dall'art. 510 richiesto affinchè l'opposizione di terzo sia proponibile.

La difesa del Torlonia vede poi un insormontabile ostacolo all'azione stessa nell'accordo che fra le parti è intervenuto prima della legge del 1894, accordo che, secondo la difesa stessa, dovrebbe essere rispettato dalla Giunta anche quando la sentenza di affrancazione cadesse nel nulla.

Ma in contrario può osservarsi che se accordo vi fu questo fu accordo giudiziale, canonizzato nella sentenza che di tale accordo fece constare, onde le determinazioni prese separatamente dalle singole parti prima della sentenza, sebbene convergenti, vengono a cadere nel nulla quando la sentenza sia per difetto del contraddittorio revocata.

Che se per avventura si fosse trattato di una transazione solennemente stipulata al di fuori del giudizio, e con tutte le approvazioni di legge, pur tuttavia, annullata la sentenza che la riconosceva od omologava, ben dovrebbe sempre la Giunta oggi ripetere in legittimo contraddittorio quel giudizio che a lei è domandato in tali casi, affinchè con private contrattazioni non vengano gli scopi della legge, che è d'ordine pubblico, frustrati e sviati.

Ma, scendendo alle vere conseguenze che la revoca della opposta sentenza apporta, la Giunta osserva che, per quanto si è detto, se di nessun valore deve ritenersi la concordata liquidazione per quanto riguardava le servitù possedute, esercitate ed intestate in catasto alla classe dei boattieri, rimane la sua efficacia per quei diritti che spettavano al Comune e per quelle servitù che erano esercitate dalla generalità degli abitanti, ossia per la servitù di legnatico, e per alcune specie di pascolo.

Il diritto di legnatico per esempio, come apparisce dai documenti e dagli elenchi, apparteneva ed era posseduto dai *naturali* ed *abitanti* di Palombara, cioè da un ente che sebbene distinto dall'ente Comune, per la legge del 1894 ha bisogno di essere convocato e costituito organicamente stante la indeterminatezza dei suoi elementi.

D'altra parte l'opposizione di terzo non può estendersi all'infuori dell'interesse della classe dei boattieri da cui l'opposizione fu promossa, e l'effetto dell'opposizione stessa non può andare oltre quei diritti che i boattieri accampano.

Vero è che essi pretendono rappresentare non solo la classe, ma anche l'intera cittadinanza, e vero è del pari che gli articoli 10 e 12 della legge 4 agosto 1894 lasciano intravedere l'intendimento del legislatore che unica sia la associazione agraria in ciascun Comune.

Tuttavia ciò non è avvenuto in fatto a Palombara.

L'ente agrario quale fu quivi costituito non rappresenta che la classe dei boattieri; ben può, quindi, ritenersi che gli abitanti e naturali del Comune, i quali, per virtù della legge del 1894, giusta quanto più sopra si è detto, debbono essere costituiti in associazione sinchè la costituzione non avvenga, possano avere, salva l'opposizione d'interessi, un naturale difensore nel Comune, piuttosto che in una classe, la quale racchiude limitati interessi.

Se poi l'associazione in definitiva potrà o dovrà essere unica, ciò non importa che questa eventuale unificazione futura valga oggi a conferire ad una classe siffatta rappresentanza.

Per questi motivi, ecc.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

26 aprile 1907 n. 784

Tempestini *Pres.* ed *Est.*

Ciofi (avv. *A. Grifi*) contro Congregazione di Propaganda Fide (avv. *R. Scifoni*).

Con il dubbio, an sit danda immissio ad bona, de quibus agitur, *si proponeva nella Rota romana anche la risoluzione di questioni petitorie, specialmente in materia fidecommissaria* (1).

(1-2) Richiamiamo l'attenzione degli studiosi su questa dotta sentenza che interpreta ed applica sanamente i principi di un diritto tramontato, ma che è sempre un diritto altamente suggestivo. L'estensore cav. TEMPESTINI ha dimostrato altre volte di aver geniale e profonda conoscenza di co-

Nel diritto intermedio era dottrina comune che nei fedecommessi, quando l'attuale possessore o primo chiamato stesse in giudizio per una controversia che, come quella sull'esistenza e progressività del vincolo, riguardasse l'interesse comune di tutti i chiamati successivi, rappresentava anche costoro, ai quali perciò era opponibile la regiudicata, intervenuta in confronto del primo (2).

Il Tribunale, ecc. — Attesochè la convenuta Propaganda oppone pregiudizialmente le due eccezioni di cosa giudicata e di prescrizione.

Attesochè si assume dalla convenuta che le domande dell'attore Ciofi in ordine ai beni della Prelatura, del Fedecommesso e della Donazione sono identiche a quelle promosse dall'avo Giovanni Ciofi seniore e dal prozio Domenico e che furono nel 1788 respinte con le decisioni rotali, munite dell'*expediatur*, menzionate in narrativa. Combatte il Ciofi questa eccezione con due ordini di considerazioni: e dice che quelle decisioni intervennero in sede possessoria, e, ad ogni modo, non possono fare stato contro di lui, perchè i futuri chiamati non furono allora rappresentati.

Ma il Tribunale, dopo maturo esame della dottrina e giurisprudenza intermedia, ha dovuto convincersi che nè l'uno, nè l'altro obbietto vale ad infirmare l'opposta eccezione di cosa giudicata.

Nell'azione petitoria il dubbio sottoposto al giudizio della Rota e la decisione di questa si concretavano nella formula che compendiava il risultato pratico, a cui era diretta la *rei vindicatio* o *hereditatis petitio*, ossia la immissione nel possesso e godimento dei beni, di cui si reclamava la proprietà: *an sit danda immissio ad bona de quibus agitur*. Basta dare uno sguardo alla collezione delle decisioni rotali per convincersi di questa prassi giudiziaria; ed il De Luca nel suo trattato, *Relatio Romanae Curiae forensis* (disc. XXXIII, n. 39), esemplificando appunto il caso di rivendicazione di beni fidecommissari, spiega come sotto l'unica formola della questione proposta alla Rota, *an danda sit immissio ad bona, de quibus agitur*, si compendii la contestazione e il giudizio su tutti questi punti: esistenza del fedecommesso, pertinenza al rivendicante, legittimazione personale, spettanza o meno delle detrazioni.

Ed invero, come si apprende dalle sentenze del Tribunale dell'A. C. e della Rota, le domande dei fratelli Domenico e Giovanni Ciofi e le ragioni del decidere dei giudicati, sia rispettivamente in ordine ai beni fedecommissari, che a quelli della Prelatura e della donazione del Conte Bernardino degli Atti, ebbero per oggetto la questione della sopravvivenza a mons. Giuseppe Varese degli Atti e progressività di dette istituzioni e della spettanza dei relativi beni agli attori. « Nam, si legge nella decisione Rotale 30 gennaio 1792, circa i beni fedecommissari, cum in Praesulis Josephi hereditate reperiantur bona, quae ad fideicommissum Comitis Felicis senioris de Aptis, ad Praelaturam ab eodem Comite Felice institutam et a Praesule Vincentio eius filio adauctam, et ad donationem a Comite Bernardino de Aptis factam Praesuli Vincentio sane pertinebant, factum exinde est ut Dominicus et Advocatus Ioannes fratres de Ciofis Viterbienses *ad se bona illa spectare contenderent uti ad fideicommissum, ad praelaturam et demum ad donationis comodum, ex persona propria invitati* ». E la Rota, per giungere alla risposta negativa del dubbio proposto « an sit danda immissio in casu », ritenne, nelle sue decisioni, in relazione alla contestazione impegnata dalle parti, che nè il fidecommesso nè la prelatura spettavano agli attori Ciofi, perchè discendenti dalla linea collaterale femminina di Leonida Degli Atti, mentre l'istitutore aveva chiamato al fidecommesso la linea discendentale, alla prelatura i figli e discendenti maschi della famiglia Degli Atti, ossia gli agnati; che parimenti non potevano avere diritto ai beni della donazione, sia perchè non era dimostrato che questa contenesse un fidecommesso, sia perchè, anche avesse questa natura, era disposta a favore dei prossimiori della vera e legittima famiglia Degli Atti, ossia dalla famiglia agnatizia; e conseguentemente tutti i beni erano rimasti liberi alla morte di mons. Giuseppe Varese, ultimo discendente della famiglia Degli Atti,

---

testo diritto, e noi ricordiamo, a titolo di sincera lode, le decisioni dell'A. Roma 30 maggio 1905 e 13 marzo 1906, da lui estese con vero lusso di considerazioni giuridiche, e che si trovano inserite nella presente Raccolta, anno 1905, pag. 310, e anno 1906, pagine 449-450.

il quale legittimamente ne aveva potuto disporre a favore di Propaganda Fide.

Nè, d'altronde, vi poteva esser materia di un vero giudizio possessorio, quale era inteso nel diritto comune, diretto, cioè, come nel nostro Codice, a ritenere (manutenzione) o recuperare (reintegra) il possesso, non avendo mai gli attori Ciofi avuto il possesso dei beni.

Non è dato, quindi, dubitare che i giudizi definiti dalle sentenze rotali furono veri giudizi petitori; e poichè le sentenze stesse furono munite dell'*expediatur*, divennero cioè definitive, e rimasero irrevocabili, e le pretese che oggi spiega Giovanni Ciofi sono le medesime ed involgono l'*eadem quaestio*, così è d'uopo ritenere che concorrano i requisiti della regiudicata in ordine alla *eadem res, eadem causa petendi* e alla *pronunciatio judicis quae finem controversiis dat* (Leg. 1, *Dig.*, 42, 1).

Circa l'altra obbiezione, che si oppone dal Ciofi all'eccezione del giudicato si osserva che non si disconosce il principio certissimo della legge 46 Dig. *de re iud.* (42): *de unoquoque* negotio, praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet; aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet, nè che i chiamati ad una istituzione successiva vantassero un diritto proprio, indipendente dal precedente chiamato o possessore: la questione sta nel vedere se, secondo i principî vigenti al tempo in cui ebbero luogo i giudizi, i fiduciarii gravati o possessori avessero la rappresentanza processuale dei futuri chiamati nelle cause che riguardavano la conservazione e progressività dei diritti dell'istituzione. Ora, la comune dottrina si era che quando l'investito o attuale possessore stesse in giudizio per una questione, che riguardasse l'interesse comune di tutti i chiamati, rappresentava anche costoro, e però *sententia lata contra gravatum vel contra primum substitutum nocet fideicommissario et sequentibus in gradu*, e mancando questa identità d'interesse, quando cioè vi fosse stato nel giudizio collusione o colpa del possessore, o questi avesse litigato per una questione o fatto particolare, in tal caso il giudicato non poteva nuocere.

E la ragione consisteva in ciò, che bastava la presenza nel giudizio di colui che avesse l'interesse diretto ed attuale, al quale spettava la difesa naturale ed immediata dei diritti dell'istituzione, mentre i successivi chiamati non avevano che un interesse consecutivo ed eventuale, chè diversamente *dominia rerum in incerto essent, incertaeque rerum iudicatarum auctoritates*, come dice il Voet, (lib. 2, tit. 15, n. 8), richiamandosi all'autorità del Peregrino (*Tractatus de fideicommissis*, articolo 53, n. 49 e seguenti). *Etiam in fideicommissario nocitura est, nisi culpa fiduciarii condemnatio intervenisset.*

Il Peregrino nel suddetto trattato ed articolo, paragrafo 52, afferma: « *sed quod his* « *(substitutis) etiam non citatis res cum primo* « *iudicata noceat sunt iura aperta in dicta* « *lege ex contractu, ecc. Nam in dictis iuri-* « *bus praesumitur sententiam adversus hae-* « *redem latam executionem habere adversus* « *substitutos et fideicommissarios* », e corrobora coll'autorità del Giasone il principio « *non esse citandos illos quos principaliter* « *causa non tangit; sed sufficere coitum esse* « *iudicium cum eo cui actio vel defensio* « *spectat* ».

Ed il De Luca, maestro nella pratica del diritto comune, dopo avere proclamata la regola, che « sufficit citare illum, quem princi- « paliter causa tangit et qui est directus ac « immediatus defensor, nulla vero suppetit « necessitas citandi eos, qui habeant interes- « se, vel patiuntur praeiudicium accessorium « et consequentiorem » la applica al caso del fidecommissario e soggiunge: « ita pariter « iudicium agere sufficit cum haerede grava- « to, vel cum possessore fideicommissi seu « maioratus, nulla vero suppetit necessitas « citandi substitutos et successive vocatos « cum similibus » (De Judiciis, disc. IX, n. 34). Cf. stesso trattato, disc. XL, n. 18 e *de fideicommissis* (disc. XCIV, n. 3). Le decisioni Rotali, citate dall'attore a sostegno del suo assunto riguardano casi o di restituzione in intero per la manifesta ingiustizia (rimedio consentito nel diritto comune) o di transazioni senza causa e corrispettivo, o fatte in malafede, in spreto alla volontà del testatore e senza vantaggio dei fidecommissari.

Ma, nel caso, poichè di collusione o colpa di Domenico e Giovanni Ciofi non è a parlare, nè parimenti può parlarsi di manifesta ingiustizia delle sentenze che rimasero irrevocabili, è giuocoforza far buon viso all'eccezione pregiudiziale di regiudicata, ecc.

Avv. A. SANTE MARTORELLI, Direttore responsabile.

Tipografia "Industria e Lavoro„ Via delle Coppelle num. 35 - Roma.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 febbraio 1907 n. 85

Basile *Pres.* — Baudana *Est.*

Finanze (avv. erariale *Riccardi*) contro Giuliani ed altri (avv. *L. Amadio* e *R. Donzelli*).

Di fronte ad un credito dichiarato inesigibile, anche trascorso il quinquennio durante il quale è sospesa l'esazione della tassa di successione, nessuna prescrizione decorre a danno dell'Erario per la percezione della tassa stessa, sino a che il contribuente non abbia denunciato che il credito è divenuto esigibile (1).

La Corte ecc. — Nella denuncia di successione di Giovanni Giuliani, morto il 23 marzo 1890, fu omesso un credito di L. 27729,96.

Gli eredi addì 13 — 15 ottobre 1891 domandarono la sospensione del pagamento della relativa tassa per trattarsi di credito litigioso, ma poscia fu dichiarato esigibile con sentenze della Corte di appello di Catanzaro in data 5 luglio 1894 e della Corte di cassazione di Napoli 27 marzo 1897.

L'Amministrazione delle tasse addì 22 aprile 1902 notificò ingiunzione agli eredi Giuliani pel pagamento della relativa tassa, ridotta a L. 478,95, per essersi condonata la soprattassa in grazia del decreto di amnistia.

Gli eredi la pagarono e ne reclamarono poi la restituzione, deducendo che l'azione dell'Erario era prescritta.

Il tribunale di Cosenza accolse la domanda degli eredi Giuliani.

Questa sentenza fu confermata dalla Corte di appello di Catanzaro, la quale ammise la prescrizione per il decorso di oltre cinque anni dalla dichiarata esigibilità del credito alla ingiunzione del pagamento della relativa tassa.

La soccombente ha ricorso per cassazione e deduce che nella specie non è decorsa la prescrizione per non essersi dagli eredi Giuliani denunciata la esigibilità del credito; deduce altresì il difetto di motivazione.

Senza divagare in disquisizioni inutili, si legga ed interpreti l'art. 53 del regio decreto 20 maggio 1897 che approva il testo unico delle leggi sulle tasse di registro.

« Per i crediti scaduti e non scaduti, sulla sussistenza dei quali fosse contestata lite all'apertura della successione, e per quelli dei quali sia giustificata la dubbia esigibilità, resterà sospesa la esazione della tassa, la quale dovrà pagarsi appena i crediti divengono *esigibili.*

« Al termine di anni cinque dall'aperta successione dovrà giustificarsi che la esigibilità continua ad essere dubbia, e, quando ciò si verifichi, resterà sospesa indefinitamente l'esazione della tassa, ma, sopravvenendo l'esigibilità anche in parte, la tassa dovrà pagarsi sulla somma che si riscuote ».

L'art. 53 fa due ipotesi: la prima dei crediti contestati in giudizio, e la seconda dei crediti di dubbia esigibilita.

Ma gli uni e gli altri sono frattanto inesigibili; e perciò l'articolo suddetto ambidue li comprende quando parla di crediti esigibili e di esigibilità.

La giustificazione che l'esigibilità continui ad essere dubbia, per ottenere la sospensione indefinita della esazione della tassa di successione, evidentemente sta a carico dell'erede che solo ne ha interesse, non essendo concepibile che la relativa prova debba farsi dal ricevitore del registro, il quale al contrario ha il dovere di curare la esazione della tassa.

O paga, dice la legge all'erede appena il credito è divenuto esigibile, o giustifica che la esigibilità è tuttavia dubbia.

Ma è contingibile che pur volendo pagare la tassa l'erede non ne conosca il preciso ammontare; quindi ragione vuole che a favore di lui si permetta di farne od ottenerne la liquidazione.

E così dispose, senza nulla innovare ed interpretando l'art. 53 in favore dell'erede, l'art. 9 del regio decreto 23 marzo 1902, che approvò il regolamento per la esecuzione della legge 23 gennaio 1902 alleg. *C* con queste parole: « Cessando la litigiosità, o di-

(1) Opportuno è il confronto di questa decisione con l'altra 27 agosto 1906 della stessa Corte, est. SPIRITO, e riportata in questa Raccolta, anno corr., pagina 9, con nota di richiami.

In detta nota citammo anche l'opinione di S. UBERTAZZI, il quale — come è avvertito pure nella sentenza che commentiamo — risolve in termini ed in conformità la questione ora decisa, sotto l'art. 53 della sua opera *La legge di registro*, Napoli, Pierro e Veraldi, 1902.

venendo esigibile in tutto o in parte un credito pel quale era stata sospesa la tassa, l'erede o legatario deve presentare apposita denuncia per la liquidazione della tassa dovuta ».

All'erede inoltre l'art. 53 fissa il termine di cinque anni dall'aperta successione, ossia dalla morte del *de cuius* (art. 923 cod. civ.), durante i quali, e anche successivamente, il ricevitore ha diritto di attendere che l'erede adempia al dover suo e intanto non può decorrere prescrizione alcuna contro la Finanza, giachè a lei non è imposto alcun obbligo di vigilare se i crediti in questione siano divenuti esigibili, nè ha commesso di dargliene avviso ai cancellieri, come è ordinato dall'art. 123 del regio decreto 3 novembre 1894, che approva il regolamento per l'applicazione della corrisposta di ricchezza mobile.

Trattandosi appunto di redditi dei quali si sospende l'iscrizione nei ruoli di rimborso d'iscrizioni suppletive secondo i risultati dei giudizi, quell'articolo impone ai cancellieri di notificare all'agenzia delle imposte i risultati dei giudizi di espropriazione o graduazione, e d'informarla della definizione in appello delle questioni relative a crediti dichiarati inesistenti con sentenza di prima istanza.

Senza questo speciale od altro ancor più efficace provvedimento, il ricevitore del registro, nel caso di che trattasi, neppure ha mezzo di prevenire o scoprire le frodi dei contribuenti allo scopo di sottrarsi al pagamento delle tasse, potendo costoro conseguire, anche mediante atti privati e cambiali, il pagamento di crediti contestati o di dubbia esigibiità.

Giovanni Giuliani morì il 23 marzo 1890; il 5 luglio 1894 divenne esigibile il credito contestato,. in forza di sentenza pronunciata, in contraddittorio degli eredi di lui, dalla Corte di appello di Catanzaro, la quale fu confermata dalla Corte di cassazione di Napoli addì 27 marzo 1897.

Agli eredi piacque di non adempire al loro obbligo di pagare la tassa appena il credito divenne esigibile, come vuole l'art. 53, o di procedere alla liquidazione della tassa come lor concedeva l'art. 9 del regolamento del 1902. Essi non la pagarono che dopo la ingiunzione a loro notificata dal ricevitore, ed eccepirono la prescrizione triennale di cui all'art. 126, n. 2.

Ma il loro indugio fu malizioso, e per regola generale *malitiis non est indulgendum.*

E quel che è più, il ricordato art. 53 sospende per cinque anni la esazione della tassa, e quindi la relativa azione, riguardo ai crediti non esigibili; dopo questo termine sospende la esazione e l'azione indefinitamente, ma, sopravvenendo la esigibilità anche in parte, la tassa dovrà pagarsi, volontariamente o mediante azione, sulla somma che si riscuote.

Il che si risolve in esazione od azione, il cui giudizio è sospeso da un termine e fino a che il termine non sia scaduto le prescrizioni non corrono (art. 2120 capov. ult. cod. civile).

Ciò stante, nulla innovano ed a nulla derogano le ultime parole del surriferito art. 9 del nuovo regolamento col riservare «al ricevitore di procedere di ufficio in mancanza della denuncia» per la liquidazione della tassa. Queste parole, pur volendole estendere alla sospensione della prescrizione, non fanno che espressamente confermare ciò che si deduce dalla retta interpretazione della precedente legge (art. 53).

Nell'interesse del resistente si è riferito un brano di alcuni interpreti dell'art. 53, fra i quali l'Ubertazzi, il quale, senza decidere la questione attuale, scrisse che per poter godere del beneficio concesso dall'art. 53 è necessario non solo che il credito sia denunciato nel termine stabilito dalla legge, ma che inoltre sia fornita la prova della litispendenza o della dubbia esigibilità prima che scada il termine per il pagamento delle tasse.

Ma, tre pagine dopo, lo stesso Ubertazzi, facendo suo un antico parere dell'Avvocatura generale erariale, risolvette *in terminis* la questione con le parole: « In ordine ai crediti pei quali a termini dell'art. 53 resti sospesa l'esazione della tassa, non può decorrere contro la Finanza prescrizione alcuna, se non dopo che la Finanza sia stata messa in grado, con apposita denuncia del contribuente, di procedere alla riscossione della tassa, comunque già sia trascorso il quinquennio di cui al detto articolo, senza che il contribuente abbia fornito la prova che la dubbia esigibilità dei crediti continui ».

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

19 febbraio 1907 n. 125

Basile *Pres.* — Spirito *Est.*

Cecchini (avv. *C. Piccini*) contro Giannelli (avv. *R. Mucci* e *L. Passerini*).

Nell'esame di un contratto non è lecito ricorrere al criterio dell'interpretazione, quando dall'atto risulti chiara la volontà dei contraenti; e difetta di motivazione la sentenza che attribuisce al rapporto giuridico stretto dalle parti* un nomen juris *diverso da quello assegnatogli dalle parti stesse, senza aver prima fatto seria indagine per accertare se il complesso delle pattuizioni giustifichi la qualificazione che le parti diedero al contratto in discorso (1).

La Corte, ecc. — Osserva che i prodotti mezzi del ricorso si traducono sostanzialmente nel censurare la denunziata sentenza per avere erroneamente definito il rapporto giuridico stabilito fra le parti con l'istromento Serafini circa la controversa terrazza; per aver poi, contro le regole di ermeneutica legale, adoperato l'interpretazione, mentre esplicita dall'atto risultava la volontà delle parti, violandone così il contenuto: ed infine, per essere venuta meno sotto vari aspetti all'obbligo della motivazione.

Osserva che, se il quesito propostosi dal giudice di merito potesse astrattamente considerarsi, la tesi da esso caldeggiata e svolta con tanta aggiustatezza di criterio potrebbe ottenere di leggieri l'assentimento del Supremo Collegio.

Senonchè, diverso era il compito che gli si presentava; e poichè le parti, a regolare stabilmente i loro rapporti giuridici in ordine ai fondi rispettivi, quali da precedenti accordi verbali e dallo stato di fatto risultavano, ebbero cura di consegnare in apposito istromento la loro volontà, dandosi carico di specificare partitamente i diritti ed obblighi reciproci circa gli stabili medesimi, incombeva alla Corte il dovere di assodare, anzitutto, quella che era stata la volontà delle parti secondo i termini della convenzione, per quindi determinare, alla base di essi, la figura giuridica del rapporto che si era tra loro costituito.

Senza dubbio, quando i contraenti equivocassero nella designazione legale di un qualunque vincolo giuridico cui prestarono il loro assenso, attribuendogli un *nomen juris*, che non risponde all'indole giuridica del fatto che vollero concludere, ed insorge poi tra essi contestazione intorno alla natura del diritto controverso, non può che spettare al giudice, ed a lui solamente, di darne la definizione più vera e meglio rispondente ai termini dell'accordo. Occorre però non obliare che sono le parti che impongono a sè stesse la legge del contratto e che l'opera del giudice è chiamata a supplire alle deficienze che vi si possono riscontrare, inducendovi il peso e la sanzione della propria autorità, ma non a sostituirsi ad esse. Lo che vuol dire che, prima di por mano ad una raffigurazione di diritto, diversa da quella con esplicite parole significata dai paciscenti, debba il giudice disaminare se quella qualunque imprecisione di linguaggio possa avere una intelligenza ed interpretarsi in modo che, senza stare al significato etimologico giuridico delle parole, sia nondimeno accomodata all'insieme delle pattuizioni delle parti.

Ora, la sentenza impugnata ricorda nella enunciativa di fatto come con l'istromento Serafini la parti intendessero addivenire ad un regolamento di servitù sui rispettivi fabbricati. E, richiamando più giù gli accordi verbali che avevano originato lo stato di fatto che s'intendeva regolarizzare, rammenta come, per essi, i Martinucci appoggiarono al retrospetto del fabbricato Ambrogetti, costruendo una terrazza per coprire parte del giardino di loro spettanza, e che, per effetto di tale appoggio, l'Ambrogetti dovè tollerare che le finestre che vi aveva fossero

(1) Questa decisione è notevole perchè esige che i giudici del merito rivolgano una scrupolosa disamina alle questioni loro sottoposte e che essi debbono risolvere con acuta interpretazione dei rapporti giuridici corsi tra le parti. La decisione stessa è riportata anche dalla *Cass. unica civ.* del DE BENEDETTI, anno corr., 264, con nota, ove si dimostra che, nel caso specifico sottoposto alla Corte Suprema, la cessione d'uso della terrazza risolvevasi in una vera alienazione del diritto di superficie, diritto che teoricamente trovasi studiato negli scritti del COVIELLO, di A. LUCCI, del SEGRE', del SIMONCELLI, del GALLUZZI ecc. — quest'ultimo in *Filangieri*, 1904, 881

chiuse, appagandosi che la luce dei suoi locali interni fosse mantenuta con appositi manufatti, come pel suolo sottostante alla terrazza medesima, della quale, poi, fin d'allora, l'Ambrogetti ebbe l'uso esclusivo. Coerentemente stabilivasi quindi in detto istromento che la sentenza riporta « la concessione in perpetuo dell'uso della terrazza al Giannelli, il divieto al Perino, in perpetuo, di accedervi; che la manutenzione della terrazza fosse a peso di esso Perino, che in caso di sopraelevazione, ed in perpetuo, non potesse questi aprire finestre, salvo che a luce, col piano delle soglie all'altezza minima di m. 2.50 da quello della terrazza, e munite d'inferriata fissa con sportelli aprentisi all'interno ».

E' tutto, dunque, un complesso di pattuizioni, le quali trovano la loro causale in quello stato di rapporti giuridici tra due fabbricati originati dal fatto della costruzione della terrazza con appoggio al casamento dell'Ambrogetti, che spiega il perchè dell'intestazione voluta dare all'atto e quello che ne è il contenuto: di regolare cioè e stabilire, mediante esso, le servitù che, per quel fatto, in seguito alle verbali convenzioni, si erano create. E che le clausole dell'istromento si riferiscano in massima parte a vere e proprie servitù, non è possibile disconoscere, essendone manifesto l'obbietto. Occorreva pertanto vedere ed esaminare, se quella cessione di uso della terrazza, che non poteva, evidentemente, entrare nella categoria di quel dritto d'uso, che è dalla legge contemplato, potesse, ciò non ostante, considerarsi come una servitù costituita a favore del fondo Ambrogetti su quello dei Martinucci. Tanto più che la stessa designazione di *uso* dato dalle parti a cotesto diritto, se non importava la figura dell'istituto di cui agli art. 521 e 528 del codice, significava però sempre l'intenzione dei contraenti di voler costituire non altro che una servitù, essendo l'uso anch'esso una servitù di carattere personale.

Ed, in effetti, alla considerazione della Corte, pel punto di escludere il concetto che la concessione dell'uso della terrazza potesse contenere una pattuizione d'indole puramente personale ed obbligatoria, si era pure affacciata l'idea di un rapporto d'indole diversa, col notare ch'esso sarebbe stato in contrasto colla intenzione delle parti che non contrattarono *intuitu personae*, ma ebbero di mira il rapporto immediato della persona colla cosa, *tanto che denominarono la convenzione regolamento di servitù*. Ma, appunto per questo, prima di accogliere l'idea di una figura giuridica d'indole difforme da una servitù, doveva la Corte soffermarsi a considerare, se, per avventura, quel rapporto immediato, da essa intraveduto, della persona colla cosa non fosse invece un rapporto tra cosa e cosa, tra l'immobile cioè dello Ambrogetti e quello dei Martinucci, sicchè la persona del concessionario dell'uso figurasse non come individuo, ma quale proprietario del fondo dominante e solamente per questo. Tanto maggiormente, per quanto era stata cotesta l'idea accolta dai primi giudici; onde, pure volendo andare in altro sentimento, avea l'obbligo di dire le ragioni per le quali non credeva di uniformarsi a quello del Tribunale. Poichè lo affermare, come fa la Corte, che i termini della convenzione non giustificano la soluzione adottata dai primi giudici, e l'aggiungere, di poi, che *l'uso perpetuo della terrazza* è un tipo specifico di servitù prediale, e, per la sua estensione, non è soltanto la modificazione della proprietà, ma è il diritto di godere e di disporre della terrazza nella maniera più assoluta, non è rendere ragione del proprio convincimento, bensì una semplice e nuda osservazione, travagliata dal vizio logico di dare per dimostrato ciò che formava appunto oggetto di contestazione tra le parti. Nè può ritenersi che l'accenno alla perpetuità dell'uso che vedesi nella sentenza sottolineato sia un motivo sufficiente a giustificare l'assoluto della proposizione, essendo troppo manifesto che non varrebbe questo semplice accenno ad escludere la idea di una servitù prediale, perchè connaturale ad essa la perpetuità del diritto. E, prima di affermare con tanta sicurezza di accento che l'uso perpetuo della terrazza non fosse una semplice modificazione della proprietà, ma il dritto *di goderne e di disporne nella maniera più assoluta*, doveva la Corte richiamare i termini del contratto ed esaminare se dessi l'autorizzavano a formulare siffatto giudizio. Ed in cotale disamina non le sarebbero certamente sfuggiti alcuni dei fatti contenuti nell'istromento. Quivi, infatti, si stabiliva che il Perino non potesse mai accedere alla terrazza, e gli si imponeva l'obbligo della buona e perfetta manutenzione, prescrivendoglisi anche il modo onde dovesse provvedervi, cioè con lastre

di pavimento nelle aperture lucifere e nelle finestre del pianterreno con relativi accessori. Ora, se per la concessione dell'uso in perpetuo della terrazza si fosse operata la *vendita o cessione della proprietà del lastrico solare*, onde il Giannelli avrebbe quesito *il diritto di godere e disporre della terrazza nella maniera più assoluta*, quale senso giuridico potrebbe aver mai quel divieto in perpetuo al Perino dell'accesso alla medesima, e come si potrebbe coonestare l'obbligo a lui imposto della buona e perfetta manutenzione della terrazza? Avvegnachè sia semplicemente intuitivo che, se per la cessione dell'uso il Perino avea trasferito nel Giannelli la proprietà piena del lastrico, avesse egli con ciò perduto ogni diritto sulla medesima, perchè il Giannelli dovesse sentire il bisogno di una espressa pattuizione per impedirgliene l'accesso. Del pari sarebbe stato troppo naturale e giuridico che, avendo egli l'assoluta proprietà del lastrico, dovesse sopportarne da solo le spese della manutenzione, per il principio di ragione, *qui sentit commodum debet et sentire incommodum*; onde lo aver pattuito che l'obbligo della manutenzione dovesse gravare invece il Perino lascia ragionevolmente indurre che la proprietà del lastrico, per quanto vincolata in favore del conte Giannelli e del fondo di cui è proprietario, si conservasse sempre nella persona del concedente l'uso. E convien dire che cotesta difficoltà di caratterizzare quella cessione come un trasferimento del diritto di proprietà del lastrico si presentasse al pensiero della Corte, nel punto stesso che ne faceva la dichiarazione, avvertendo il bisogno di spiegare perchè le parti adoperassero nel contratto l'espressione di cessione di uso piuttosto che le altre — le quali sarebbero state più naturali — di cessione, cioè, o vendita della proprietà del lastrico, col rilevare che ciò fu perchè il Perino conservava sulla terrazza il dritto di tenervi i lucernari, onde si spiega anche la spesa di manutenzione della stessa posta a carico di lui. Però, se la spiegazione può apparire ingegnosa, non si presenta del pari giuridica, poichè i rapporti delle cose non immutano con l'uso di una piuttosto che di altra parola, e se intenzione delle parti e volontà loro era quella di pattuire la cessione della proprietà del lastrico, tanto valeva significare espressamente il loro pensiero. Anche perchè quelle luci, che, nel modo di vedere della Corte, avrebbero determinato lo scambio delle parole, si trovavano già costituite ed aperte sulla terrazza; nè, salvo una speciale pattuizione in contrario, era a temersi che potesse insorgere dubbio in proposito.

E quando pure si volesse menar buona alla Corte cotesta spiegazione circa l'uso delle parole *cessione dell'uso*, piuttosto che le altre *cessione o vendita della proprietà*, giammai non varrebbero desse a rendere ragione dell'obbligo imposto al Perino della manutenzione del lastrico senza pensare che, ad onta della cessione dell'uso, egli, per quanto menomato nella sua espressione giuridica, conservasse sempre sulla terrazza il dritto che gli spettava. Senza poi dire che quando cessione di proprietà o vendita vi fosse stata ne dovevano risultare dall'atto gli elementi necessari ad integrare tale figura giuridica; elementi che la Corte non rileva, onde risorge ancora una volta il dubbio, sotto cotesto aspetto significato dalla sentenza, che la Corte avesse data, del rapporto giuridico interceduto fra le parti, la esatta definizione di legge.

Ed appare egualmente manifesto il difetto di analoga giustificazione di siffatto modo di vedere della Corte, in quanto, se afferma che con quelle clausole contrattuali le parti intesero consumare una vendita, non ne indica gli elementi costitutivi per coonestare il prouprio, convincimento.

Ma, comunque di ciò, e ammesso pure che la ragione indicata dalla Corte valesse a spiegare l'uso dell'una piuttosto che dell'altra espressione, e a rendere anche conto dell'obbligo della manutenzione della terrazza imposto al Perino, non potrebbe mai la stessa riuscire a giustificare la limitazione indotta al godimento della terrazza per parte del Giannelli, che, secondo l'avviso della Corte, aveva acquistato il diritto di goderne e disporne nella maniera più assoluta. Ora, quando, dopo così solenne proclamazione di un così assoluto diritto di proprietà piena sulla terrazza, viene poi la Corte a dichiarare, in onta di tale diritto, *che non fosse dato al Giannelli di eccedere nell'esercizio di uso, fino al punto da ledere il diritto de' Cecchini, con gl'ingombri nella terrazza da costoro denunciati*, ed ingiungere quindi al Giannelli medesimo di rimuoverneli, è necessità allora ritenere che la Corte non fosse sicura del

proprio convincimento, e che non avesse una esatta nozione del concetto che era venuta affermando. E la contraddizione che si rileva nelle due cennate proposizioni riappare ancora più giù, rendendo ancora più vivo il contrasto e manifesta la perplessità della convinzione della Corte, ove, rispondendo alla richiesta dei Cecchini, che pretendevano doversi il conte Giannelli dichiarare decaduto dalla concessione, per l'abuso fatto con gl'ingombri, riesce a dire *che i cennati ingombri non costituivano l'abuso richiesto dalla legge per la cessazione del diritto, anche quando si fosse trattato di un dritto di uso nel senso voluto dai Cecchini* e non di quello dichiarato nella sentenza. Lo che lascia intravedere il concetto, in perfetta coerenza di quanto la Corte aveva innanzi affermato circa la limitazione del diritto di godimento della proprietà della terrazza, che fosse tuttavia possibile la decadenza dal diritto, se sente il bisogno di dichiarare che i lamentati ingombri non costituivano l'abuso richiesto dalla legge per la cessazione del diritto; mentre, ammessa la vendita del lastrico solamente e non la semplice cessione dell'uso, la reiezione vi era implicita, nè occorreva pertanto dichiarare che nel fatto degli ingombri mancavano gli estremi dello abuso, secondo legge, per indurne la cessazione del diritto.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

1 marzo 1907 n. 158

Pagano *Pres.* — Palladino *Est.*

Sarli (avv. *C. Camera*) contro Esattore comunale di Avella (avv. *G. Pinna*).

L'esattore pel credito privilegiato di imposte può pignorare efficacemente i frutti prodotti nel biennio dall'immobile colpito da tassa, anche se questi, pur non essendo asportati dal fondo, siano passati in proprietà altrui (1).

Quando vi è piena conformità tra la pronunsia in sede di rinvio e la decisione di annullamento, è su ciò inammissibile un nuovo ricorso per cassazione (2).

La Corte ecc. — Osserva in ordine ai mezzi secondo e terzo, che per ragione logica debbono essere esaminati con precedenza al primo, d'indole subordinata, come essi abbiano il vizio comune di non aver tenuto conto dello stato della causa, qual era prospettato dinanzi alla Corte di rinvio.

Era fuori questione che la circostanza della vendita del legname del bosco Isabella non importava per sè ostacolo all'esercizio del privilegio dell'esattore per il credito dell'imposta, come il ricorrente aveva riconosciuto in corso di giudizio nel brano della comparsa opportunamente trascritta nell'impugnata sentenza, dove si legge che, se il ceduo maturo è un frutto dello stabile, l'esattore aveva diritto a pignorarlo, anche *venduto e reciso*, e com'era presupposto nel mezzo accolto dalla sentenza d'annullamento, poichè il contenuto del mezzo si aggirava non già sull'esperibilità del privilegio dell'esattore in rapporto alla speciale circostanza che il prodotto del bosco fosse stato venduto e divenuto proprietà dell'acquirente Sarli, ma in rapporto al tempo della maturazione del prodotto, in quanto la sentenza cassata avrebbe ritenuto esperibile il privilegio dell'esattore sopra prodotto, che era maturato ed era stato reciso due anni prima che il credito privilegiato nascesse.

In perfetta conformità della censura con tal mezzo rivolta alla sentenza della Corte di Napoli, l'arresto di annullamento proclamò che il privilegio competente all'esattore non poteva essere esercitato che sul frutto delle annate alle quali l'imposta si riferiva, ma tutta la motivazione fu fondata sul presupposto che l'esercizio del privilegio sui frutti dell'immobile non asportati non poteva essere paralizzato dal fatto che fossero stati venduti, ed il concetto preciso e perspicuo del Supremo Collegio risulta dal confronto che alla stregua dell'art. 43 della legge sulla riscossione delle imposte fece tra il privilegio

---

(1) La decisione del nostro Supremo Collegio, ricordata in questa che pubblichiamo, ha la data 22 marzo 1904: si legge nella presente Raccolta, anno 1904, pag. 245.

(2) Massima non controversa. Veggasi E. CABERLOTTO, in *Digesto italiano*, voce *Cassazione e Corte di cassazione*. Cfr. anche stessa Cass. Roma 14 novembre 1905, *Legge* 1905, 2291.

fatto valere dall'esattore sull'immobile gravato dall'imposta e quello a lui competente sui frutti, mettendo in evidenza che, se anche i frutti non asportati dall'immobile sono passati in proprietà altrui, è giusto che soggiacciano all'azione dell'esattore quando proceda per il credito privilegiato degli anni in cui scaddero e maturarono.

Non può pertanto essere fatta segno a censura la sentenza impugnata della Corte di Roma, se essa non fece che accettare e trasfondere nella sua sentenza i concetti e la teoria dell'arresto di annullamento, anche se sulla questione risoluta vi sia qualche oscillazione nella giurisprudenza del Supremo Collegio.

Quello che vi è di diverso nella sentenza di rinvio è che la Corte di Roma, forse costretta dal mutato indirizzo della difesa Sarli, pose in rilievo ed esplicò, argomentando dalla genesi e dalla natura del privilegio, quello che era stato presupposto dal Supremo Collegio, cioè che i frutti del fondo gravato dall'imposta anche se venduti ma non asportati non cessassero dall'essere vincolati al privilegio competente per l'imposta.

Il che vuol dire che la sentenza di rinvio rispecchiò il nuovo atteggiamento della causa, ma non si scostò menomamente dalla sentenza di annullamento, convenendo con la stessa che l'efficacia del privilegio è subordinata alla condizione della coincidenza in ragione di tempo tra la maturazione del prodotto, su cui si esercita, e la nascita del credito privilegiato, e tanto ne convenne che la maggior parte dell'ampia motivazione fu dedicata all'accertamento di quella condizione con l'esame delle risultanze degli atti e documenti della causa.

Attesa pertanto la piena conformità tra la pronuncia in sede di rinvio e la decisione di annullamento, a buona ragione contro i mezzi secondo e terzo si oppone la loro inammessibilità che preclude ogni possibilità di esame sulle ragioni addotte a loro fondamento.

Osserva che col quarto mezzo il ricorrente cade nello stesso vizio, già rilevato in ordine ai mezzi già discussi, poichè non altrimenti si riesce a darvi fondamento, se non variando i termini della questione.

Il momento della controversia non era già se il prodotto del bosco Isabella era stato dal Sarli acquistato e posseduto anteriormente al pignoramento, ma se questo prodotto rappresentava il frutto degli anni in cui era dovuta l'imposta per cui si promosse l'esecuzione, e su ciò la conclusione della Corte di merito circa le annate, a cui deve attribuirsi il legname pignorato dall'esattore, non essendo stato che il risultato del convincimento formatosi in seguito all'esame degli atti e documenti ed in base a ragionevoli presunzioni, sfugge ad ogni sindacato in questa sede di cassazione.

Le censure svolte nel mezzo, che la sentenza denunciata abbia perduta di vista la situazione giuridica della causa, che si risolveva in una dimanda di separazione, ed abbia perciò violato i criteri giuridici direttivi nella materia delle prove, ricorrendo anche a presunzioni in una controversia in cui non avrebbe potuto essere ammessa la prova testimoniale, perdono ogni consistenza, richiamandosi alla vera situazione giuridica della causa, sopra delineata, ed in ordine alla quale, interessando stabilire, non già l'esistenza del contratto d'acquisto del legname, ma il fatto della maturazione e recisione, poteva la Corte avvantaggiarsi così del presidio delle presunzioni, come lo avrebbe potuto della prova per testi.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

6 marzo 1907 n. 188

Pagano *Pres.* — Niutta *Est.*

Galliano (avv. *A. S. Martorelli* e *P. Grippo*) contro Viano (avv. *T. Trinchieri*).

Quando nel moderno diritto industriale si parla di abbandono o di caduta o rientrata di un'invenzione nel pubblico dominio non s'intende parlare dell'istituto giuridico dell'abbandono o della derelizione, noto al giure romano (1).

(1-3) **Sul fondamento dell'istituto dell'abbandono o della derelizione nel diritto industriale.**

Al Supremo Collegio di Roma, col sottoporgli l'esame del ricorso avanzato dal cav. Galliano, venne offerto il destro di decidere una questione elegante. Gli autorevoli magistrati, però, si son lasciati sfuggire l'occasione, anzi non si fa loro torto se si osserva che non hanno compreso la importanza,

La proprietà industriale dei nomi e dei segni di fabbrica può andar perduta per il consentimento espresso o tacito che siasi dato a fatti di pubblico uso della cosa (2).

Perchè una cosa cada nel pubblico dominio non occorre che siasi verificata una determinata prescrizione, ma il computo degli anni che bastano a stabilire della cosa l'uso generale e promiscuo è lasciato all'apprezzamento del giudice, che deve tener presenti le varie circostanze di tempo, di luogo, ed altre simili (3).

La Corte ecc. — Ritenuto che col primo motivo si censura la sentenza perchè, pur avendo la Corte riconosciuto che la bottiglia in forma di mandarino fosse un'invenzione innegabile del Galliano e che egli l'avesse per primo adoperata per la vendita del suo liquore, continuando ad usarla per questo oggetto, ha tuttavia giudicato che egli non avesse più diritto di rivendicarne l'uso esclusivo per l'abbandono o derelinquenza che ne fece lasciando che quella forma di bottiglia diventasse di uso comune e generale, siccome era risultato dalla prova testimoniale. Che il ricorrente sostiene di avere in tal guisa la Corte fondata la sua risoluzione sull'istituto giuridico dello abbandono o della derelizione, il quale non è riconosciuto nel vigente diritto come modo legittimo di acquisto per parte di altri delle cose da taluno abbandonate, ma era invece nel diritto romano come una forma di usucapione istantanea delle cose abbandonate dal proprietario con l'animo di non volerne più conservare il dominio.

Che cotesta prima censura del ricorso non può essere attesa, imperocchè la Corte di me-

---

giuridica e pratica insieme, della controversia.

Nei trattati dei marchi e della concorrenza sleale, tanto italiani che esteri, si trovano usati i termini *abbandono, caduta* o *rientrata nel pubblico dominio*, ed altri termini equivalenti, per esprimere la perdita della proprietà industriale in virtù del consentimento esplicito o tacito che siasi dato a fatti di pubblico uso della cosa formante oggetto di cotesta proprietà. Nessuna teorica, tuttavia, è formulata a riguardo di tale istituto, quasi che una teorica non possa formularsi o non sembri opportuna. L'istituto dell'abbandono, così, lo si dà per esistente, mentre non se ne dimostra l'esistenza concreta e tanto meno se ne offre la giustificazione.

Appena adombrato da me — nell'interesse del Galliano — il concetto che l'istituto dell'abbandono, quale è oggi inteso nel diritto industriale, debba rapportarsi all'istituto della *derelinquenza o derelizione*, di cui è parola nel diritto romano, e debba da questo ricever norma e disciplina, la Corte di cassazione mi ha avvertito laconicamente che prendevo abbaglio ed ha tirato innanzi, senza curarsi nemmeno delle ulteriori mie considerazioni. Di ciò, se posso dolermi nella qualità di patrocinatore inascoltato od incompreso, non mi dolgo davvero come studioso, perchè non ho avuto mai la velleità d'imporre la mia opinione o di dettare *ex cathedra*.

Soltanto, smessa la veste di difensore, sembrami ora giunto il momento di sottoporre agli uomini di legge il frutto delle mie riflessioni, tanto più che la materia è nuova e nessun scrittore, ch'io sappia, se n'è mai occupato.

A giudizio del Supremo Collegio di Roma l'istituto dell'*abbandono* o della *derelizione*, applicato dalla Corte di merito nella controversia mossa dal cav. Galliano, è istituto *particolare* al diritto industriale moderno.

Questa proposizione è manifestamente errata, e fa meraviglia che l'errore non sia balzato subito agli occhi, per l'invito formale, che io rivolgevo ai magistrati, di indicarmi in quali speciali disposizioni delle leggi sui marchi, sulle privative, sui diritti di autore, o financo delle leggi comuni si trovasse contemplato e disciplinato il suddetto istituto.

L'*abbandono* ovvero la *rientrata* o *caduta nel pubblico dominio* è istituto da riannodare a quelli della decadenza o della prescrizione?

Anche questa domanda io rivolgevo all'Alto Consesso; e la domanda aveva lo scopo di provare anche meglio quanto fosse insostenibile la tesi di chi in siffatto istituto vede una *peculiarità* dell'odierno diritto industriale. Se è vero che le disposizioni contenenti prescrizioni o decadenze non si possono accrescere dall'interprete della legge, come sarà lecito decampare da questa regola, assoluta, per il diritto industriale codificato, ove dell'istituto dell'abbandono non vi è traccia?

Si farà richiamo al principio dell'analogia?

Nemmeno per sogno; e le ragioni, che persuadono del contrario, sono molte, precipua quella che, se l'istituto dell'abbandono è in fondo un istituto di prescrizione e di decadenza, non solo non si possono accrescere di numero le disposizioni odiose, ma non possono nemmeno estendersi da caso a caso.

Ciò basta a far rilevare la importanza della controversia presentata all'esame del Supremo Collegio.

I magistrati, ripeto, non discussero nulla. Se ne uscirono con una sola dogmatica affermazione, e sbagliarono di grosso.

Ma come? Il diritto romano non ha nulla a ve-

rito, quando ha parlato di abbandono o di derelinquenza, per cui il Galliano aveva perduto il diritto all'uso esclusivo della forma di bottiglia da lui inventata, non ha inteso applicare la regola del diritto romano, di cui è discorso nel libro II, titolo I, par. 47, delle istituzioni di Giustiniano o nel libro 41, titolo VII della legge *pro derelicto*, ma ha voluto significare che nella specie erasi verificato quel fatto che nel moderno diritto industriale suolsi addimandare caduta o rientrata di una data invenzione nel pubblico dominio e che si avvera quando chi ne aveva ottenuta la privativa, o ne aveva goduto per alcun tempo l'uso esclusivo come di proprietà a lui solo appartenente abbia poi lasciato che tutti gli altri se ne servissero nel medesimo modo, sostituendosi così alla proprietà individuale di un dato nome, o di un dato marchio industriale, l'uso comune o generale che di esso si faceva in materia, incompatibile con la conservazione di una qualsiasi privativa in favore del primo inventore.

Che la Corte non ha errato per fermo nel ritenere di essersi potuto nella specie verificare il detto abbandono, non essendo da dubitare che la proprietà industriale dei nomi e dei segni di fabbrica possa andar perduta per il consentimento espresso o tacito che siasi dato a fatti di pubblico uso della stessa cosa, avvegnacchè non sia possibile conciliare con la volontà di conservare una privativa il consapevole e non equivoco abbandono che se ne faccia al publico uso di chi voglia servirsene.

Che non è qui il caso di parlare, come si fa nel ricorso, di periodo prescrittivo da assegnarsi all'esercizio del pubblico uso, perchè se ne possa indurre la perdita del diritto esclu-

---

dere con l'istituto dell'abbandono, applicato oggi nel diritto industriale?

Mi si presti attenzione, e poi si giudicherà.

Nelle Istituzioni Giustinianee (lib. II, tut. 1, paragrafo 47) trovasi scritto: « pro derelicto habetur quod dominus *ea mente abjecerit, ut in numero rerum suarum esse nolit* ».

E' questa la esatta definizione del concetto di derelinquenza o di abbandono.

Esaminando particolarmente quel testo, vi si rinvengono gli estremi dell'istituto della derelizione, quali il RICHERI già ebbe a rilevare (*Universa jurisprudentia*, vol. III, paragrafo 501): « Ut rerum, quae derelictae appellari solent, dominium quis adipiscatur *duplex conditio* interesse debet — 1. Requiritur ut res *projectae vel derelictae sint a domino* — 2. Ut *projiciens vel derelinquens EO CONSILIO sit, ne amplius eas in rerum suarum numero esse velit*. Si deficiat prior conditio, ignoratur *animus* domini, *quo velit res a se abjicere;* si desit altera, *dici nequit dominus rei proprietate se exuere voluisse* ».

Dunque in tema di derelizione o di abbandono un doppio esame deve farsi dal magistrato: 1. Deve constatarsi se vi sia stato l'*abbandono materiale* della cosa; 2. Deve ricercarsi se, nel caso, cotesto abbandono materiale fu accompagnato dal cosiddetto *animus derelinquendi*.

Ma la derelizione, così formulata dal diritto romano, contempla in modo manifesto le *res*, ossia la *proprietà materiale;* non contempla, invece, ciò che oggi si chiama *proprietà immateriale*, la proprietà, ad esempio, dell'insegna, del nome industriale, del marchio, della privativa, ecc.

Tutti i casi, infatti, di derelizione, considerati dal diritto romano, e tutti quei casi di derelizione che si sono conservati, pur essendo trattati quasi come casi di decadenza, nel nostro diritto civile (art. 456, 713-717, ecc.) esigono imprescindibilmente l'*abbandono materiale* della cosa (*res*), cui tien dietro naturalmente l'abbandono del diritto sulla cosa (*jura*).

La perdita del diritto senza la contemporanea perdita della cosa, su cui il diritto viene esercitato, non costituisce derelizione, secondo il puro concetto romano (cfr. R. RICCI, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XIII — 1892 — p. 321-377).

Senonchè, con l'andar del tempo, la rigidità dei principii giuridici fu scossa e non si trovò strano, al sorgere di un'altra forma di proprietà, l'accennata *proprietà immateriale*, che a questa si applicassero le norme e le regole della proprietà che potrebbe dirsi classica, la proprietà materiale.

Anche l'istituto della derelizione fu piegato alle nuove esigenze (cfr. WOLFF, *Ueber dereliktion von Recht und Besitz*, Gottinga, 1888), ma l'adattamento fu semplice e senza trasformazione soverchia, perchè questo rimase sempre e precipuamente un istituto, nel quale l'indagine *decisiva* è quella relativa all'intenzione, all'*animus*, cioè, del derelinquente.

Tale peculiarità dell'istituto pone subito in chiaro com'esso non possa riavvicinarsi agli altri della decadenza o della prescrizione.

L'abbandono non è l'effetto del decorso di un termine o di una sanzione che il legislatore ha creduto di stabilire per contemperare l'interesse privato con l'interesse pubblico. L'abbandono, invece, dipende direttamente dalla volontà. E' l'uomo che opera l'abbandono ed abdica così la sua proprietà. Se la volontà non è diretta all'abdicazione della proprietà, il semplice fatto che una cosa non si trovi più presso di me non induce derelizione o

sivo per parte di colui che prima lo aveva; imperocchè la ricerca del tempo necessario alla prescrizione potrebbe trovar luogo quando non già s'invochi la caduta della cosa nel pubblico dominio, ma l'uso indisturbato che se ne sia fatto da un determinato industriale colla saputa e colla tolleranza dell'altro.

Che quando invece trattisi di stabilire se il marchio o segno distintivo di un prodotto sia diventato, per effetto di abbandono, di uso generale o promiscuo, il vedere se sia decorso un tempo sufficiente che valga a dimostrarlo è questione che non va risoluta secondo il computo di un determinato periodo di anni, ma secondo l'apprezzamento di tutte le circostanze che debbono essere tenute presenti in simili indagini.

Che col secondo mezzo si censura la sentenza per difetto di motivazione, inquantochè, volendo la Corte dimostrare di aver voluto il Galliano abbandonare al pubblico uso la forma di bottiglia da lui inventata, si è fermata soltanto a rilevare taluni fatti di carattere meramente passivo, come l'aver saputo che altri adoperasse la stessa bottiglia senza protestare, mentre ciò poteva far arguire una mera tolleranza, massime quando molti atti da lui comiputi lasciavano intendere com'ei non avesse punto l'animo di rinunziare al proprio diritto. Che in proposito vuolsi osservare che la Corte, esaminando i risultati della prova testimoniale, ha posto in sodo i seguenti fatti: essere la bottiglia in forma di mandarino diventata di uso comune e generale presso i liquoristi di Roma, Genova, Milano, Bologna, Firenze, Livorno; essersi cominciata ad adoperare la detta foggia dagli altri liquoristi fin da 25 anni indietro, secondo

---

abbandono da mia parte.

Le indagini, quindi, da praticarsi per accertare se l'abbandono si è o no verificato sono piuttosto indagini *di fatto* che *di diritto;* e ciò spiega come la teorica dell'abbandono, anzichè particolare alla legge industriale, debba considerarsi come una teorica da svolgersi in una con le altre nozioni fondamentali del giure. Si rinviene un mozzone di sigaro in mezzo alla strada? Offerta la prova che quel mozzone fu gettato il con l'animo di derelinquerlo, la proprietà di esso è perduta, ed il mozzone *statim occupantis fit*, in conformità dell'insegnamento racchiuso nel *Digesto* (lib. 41, tit. VII, *pro derelicto*): Si res pro derelicto habita sit, *statim* nostra esse desinit.

Richiamo l'attenzione dei lettori sull'avverbio *statim*: esso dimostra come — quantunque senza rendersene ragione — si siano bene apposti gli autori di libri sui marchi e sulla concorrenza sleale nel ritenere svincolato il giudice dalla ricerca del termine necessario a determinare l'abbandono. Su questo punto è corretta anche la sentenza che annoto: « Il vedere se sia decorso un tempo sufficiente che valga a dimostrare l'abbandono è questione che non va risoluta secondo il computo di un determinato periodo di anni, ma secondo l'apprezzamento di tutte le circostanze che debbono essere tenute presenti in simili indagini ».

Ma, insisto, a ciò si è arrivati con la logica e non perchè la teorica dell'abbandono nel diritto industriale si sia fatta discendere e governare dalla romana teorica della derelizione in genere.

Al diritto romano non si è pensato affatto in materia di abbandono; e così questo istituto apparisce nella dottrina e nella giurisprudenza come qualcosa di campato in aria, all'infuori di ogni norma o regola giuridica, avendo come unica scorta il prudente arbitrio del magistrato.

Ah! non v'è cosa più detestabile, per me, dell'*arbitrium judicis!* L'arbitrio è quasi sempre fonte d'ingiustizia.

Seguendo, invece, le traccie del diritto romano in tema di abbandono, si modera, se non può togliersi di mezzo, l'arbitrio del magistrato e s'indica nettamente la strada da battere.

« Pro derelicto habetur quod dominus *ea mente* abjecerit, ut in numero rerum suarum esse nolit ».

Ea mente: l'abbandono deve essere *volontario*. La prima indagine del giudice, quindi, dev'essere quella sulla volontà del derelinquente (*animus derelinquendi*).

L'intenzione nel derelinquente si rivela per due vie: *a*) con le opere ch'egli compie (esame *diretto* della volontà); *b*) con le omissioni di lui (esame *indiretto* della volontà). Da una parte, dunque, l'esame sul contegno individuale *attivo* per ciò che attiene al godimento della proprietà industriale; dall'altra, l'esame sul contegno individuale *passivo* di fronte agli attacchi mossi da terzi alla proprietà medesima. Quell'esame deve logicamente precedere a questo. Il risultato di ambedue le indagini si porrà a confronto, e dal tutto si dedurrà *cum grano salis* se, nella specie, vi fu *animus derelinquendi* e quindi abbandono del marchio, del nome, della privativa, ecc.

Il giudice che non segue tali norme cade frequentemente in abbaglio. Prova ne sia il caso lamentato dal Galliano, nel quale la Corte di merito desunse l'abbandono dal contegno *passivo* del Galliano stesso, senza ricercare affatto ciò che questi aveva posto in essere (*contegno attivo*) per conservare la sua proprietà industriale, cioè l'uso esclusivo della

alcuni testimoni, in tempo che coincideva quasi col primo uso fattone dal Galliano; averla presa a fabbricare diverse vetrerie nel Regno che la offrivano in vendita, inserendone il disegno nei loro cataloghi; avere fatto il medesimo anche la vetreria del Masullo, che costruiva le bottiglie per conto del Galliano ed in pari tempo le offriva in vendita a chiunque altro registrandole nel suo catalogo con l'indicazione del prezzo.

Non potere tutto ciò essere ignorato dal Galliano il quale, pur vedendo e sapendo l'uso, la esposizione e la vendita che pubblicamente facevasi delle bottiglie aventi la detta forma nei negozi, nelle mostre campionarie e nelle fabbriche di vetri, non curò in alcun modo di impedirlo, lasciando invece indisturbati per lungo tratto di tempo tutti coloro che si erano appropriata la sua invenzione per lo spaccio del liquore di mandarino. Che, posti cotesti fatti, non può al certo censurarsi il giudizio che la Corte ne ha tratto, di far essi prova dell'animo del Galliano di non voler conservare la proprietà di sua invenzione, che egli lasciò diventare di pubblico dominio, e che non fossero da confondere con semplici atti di tolleranza spiegabili col nessuno o collo scarso interesse di perseguire una concorrenza innocua, quando invece la concorrenza sorgeva da ogni lato e manifestavasi in forma tale, da non consentire altra spiegazione se non quella di non più riporre l'autore della invenzione alcun interesse nella continuazione dell'uso esclusivo della bottiglia.

Che si fa però addebito alla Corte di non aver preso nella dovuta considerazione i fatti positivi che il Galliano aveva compiuti in contrario senso, e che posti a riscontro di ciò che

---

nota bottiglia a foggia di mandarino col caratteristico ramo di foglie verdi, di cui due spiegate ed una ripiegata per il lungo.

Il contegnò passivo non rivela nè più, nè meno che una *tolleranza*, ma la tolleranza è ben lungi dal rappresentare l'*animus derelinquendi*.

L'AMAR, da noi, scrive: « A legittimare l'uso del marchio per il quale altri abbia la privativa non basterebbe la lunga tolleranza che questi avesse usato. Le ragioni per le quali costui non abbia agito contro colui che ne facesse illecito uso possono essere diverse, nè gli atti facoltativi possono essere fonte di un diritto contrario a quello di colui che li permette. Può avvenire che il titolare non tema alcun danno dall'uso del suo marchio, oppure non voglia sobbarcarsi alle noie ed alle spese di un litigio, oppure che egli ignori l'uso che altri faccia del suo marchio... Una sentenza del 24 febbraio 1866 del Tribunale civile di Bordeaux ebbe appunto a pronunciare sulla questione ora esaminata. Il signor De Milly era munito di un marchio per le candele di sua fabbricazione, col titolo *Bougies de l'Etoile*. Avendo egli proceduto in contraffazione contro una ditta *De Roubai, Iener et Comp.*, che vendeva candele col marchio *Bougies de l'Etoile Belge*, risultò che la Ditta convenuta vendeva le sue candele con questo marchio da più di 30 anni, ed anzi aveva esposto i suoi prodotti accanto a quelli De Milly nelle Esposizioni del Belgio, dell'Inghilterra e della Francia, senza reclamo o protesta da parte di quest'ultimo. Il Tribunale di Bordeaux ritenne che la lunga tolleranza del signor De Milly aveva, finò ad un certo punto, potuto essere considerata quale un consenso tacito all'uso di quel marchio, ma che, se ciò doveva far presumere la buona fede nella convenuta, non poteva togliere al De Milly il diritto di essere mantenuto nell'uso esclusivo del suo marchio » (*Dei nomi, dei marchi*, ecc. Torino, Unione Tip. Ed., 1893, n. 186, pag. 221).

Una sentenza del Tribunale correzionale della Senna del 1876 (PATAILLE, 1877, 11) considerava « que la tolérance de la maison Bonasse-Lebel, alors qu'une contrefacon restreinte ne lui causait qu'un faible préjudice, ne lui a pas fait perdre le droit de poursuivre cette contrefacon le jour *où elle a pris des proportions plus étendues* ». Una sentenza della Corte di Parigi del 15 febbraio 1876 (PATAILLE, 1876, 27) non teneva conto di una tolleranza *più che trentennaria*, rilevando che « en vertu de leurs actes de depôt les plaignants ou leurs auteurs ont conserve la propriété *exclusive* de leur marque ». La Corte di appello di Douai (dec. 1. aprile 1881, in MARAFY, *Dict. de la propr. ind.*, v. *Abandon, n.* 35) negò per le stesse ragioni qualsiasi importanza ad una tolleranza protrattasi *per quindici anni*.

Anche l'illustre POUILLET, da cui l'AMAR ha tanto derivato, raccomanda di ben distinguere la tolleranza dall'abbandono. La confusione nasce specialmente col dare all'esame *indiretto* della volontà individuale una prevalenza sull'esame *diretto*. Le presunzioni, che si raggiungono in conseguenza del primo esame, affidano molto poco: esse sono per lo più *equivoche*. Così, ad esempio, accade spesso che l'inazione del proprietario del marchio contro gli usurpatori od i concorrenti sleali sia giustificata per isvariate ragioni. Il POUILLET scrive: « Le peu d'importance de l'usurpation, sa clandestinité, quelquefois aussi la condition précaire du propriétaire de la marque, des événements politiques, d'autres motifs encore également plausibles suffisent à excuser l'inaction (*Traité des mar-*

poteva sembrare inerzia e trascuranza da sua parte avrebbero dovuto condurre ad un concetto diverso circa la sua intenzione di conservare intatti i suoi diritti d'inventore e di primo industriale che avesse adoperato la detta forma di bottiglia.

Che il ricorrente qui allega il deposito eseguito in Italia della bottiglia come marchio di fabbrica, lo stesso deposito fatto all'Ufficio internazionale di Berna, la cura avuta di mentovare nei listini la privativa risultante dai vari depositi, l'avvertenza fatta sempre dal guardarsi dalle contraffazioni; senonchè a nulla valeva il rilevare cotesti ed altri fatti, quando la quistione stava appunto nel vedere, se non ostante ciò che dal Galliano venne da principio eseguito e potè in seguito essere compiuto per conservare il suo privilegio si dovesse tuttavia ritenere di averlo esso perduto, per essere rimasto inerte di fronte alla concorrenza che incautamente si venne affermando in modo così palese, senza che egli cercasse di reprimerla e sorgesse a rivendicare l'esclusività di un uso diventato, per la indifferenza di lui, comune a tutti coloro cui piacque avvalersi del suo ritrovato.

Che d'altra parte con la sentenza della Corte di Appello di Roma passata in giudicato su questo punto rimase escluso che vi fosse stata contraffazione o imitazione del marchio o segno distintivo depositato dal Galliano, essendosi ritenuto che il medesimo non consisteva nella sola forma della bottiglia, ma anche nella etichetta e negli altri accessori che valevano a individuare il prodotto di cui il Galliano intese acquistare la privativa, sicchè la controversia venne a limitarsi alla sola indagine se, per avere il Viano adoperata la medesima forma di bottiglia per lo spaccio di un liquore simile a quello del Galliano, ciò costituisce un fatto di sleale concorrenza per l'inganno che poteva derivarne intorno alla provenienza dei due prodotti.

Che circoscritta la questione in tali termini gli atti compiuti dal Galliano per acquistare e conservare la proprietà industriale del suo marchio di fabbrica non potevano avere influenza sulla risoluzione della quistione me-

---

ques de fabrique ecc., Paris, Marchal et Billard, 1906, n. 81) »

Vero è che il POUILLET continua che « lorsque la renonciation est certaine... celui à qui a appartenu la marque ne peut plus la réclamer »; ma l'egregio scrittore spiega che cosa egli intenda per *abbandono certo* e lo spiega là dove io ho messo ora i puntini, dicendo che occorrono atti numerosi di tolleranza, un lungo decorso di tempo e *une volonté évidente de laisser faire.*

Ah! ci siamo. E' sempre l'esame *diretto* della volontà individuale quello che deve prevalere: in abbandono cade soltanto, proprio come nel diritto romano, quod dominus *ea mente* abjecerit, ut in numero rerum suarum esse nolit.

Se si tenessero presenti questi concetti, non si verificherebbe lo sconcio di decisioni che fanno a pugni l'una con l'altra, per essersi in un caso ritenuto l'abbandono del marchio in vista delle stesse circostanze di fatto che in altro caso si è giudicato dar luogo ad una semplice tolleranza. I trattati dei marchi e i repertori giuridici sono in proposito allegramente istruttivi...

Null'altro avrei da aggiungere ad illustrazione del tema, sottoposto alla critica degli studiosi. Però non credo opportuno di chiudere il presente scritto, senza avvertire che a rigor di logica i termini *abbandono* e *caduta* o *rientrata nel dominio pubblico*, non sono equivalenti. *Caduta* o *rientrata nel dominio pubblico* è termine *generico*, cioè comprende tutte le ipotesi per le quali un individuo perde, in favore della collettività, il diritto all'esclusivo uso del segno, nome industriale ecc. *Abbandono* è, invece, termine *specifico*, ossia adattasi soltanto alla perdita *volontaria* dello stesso diritto esclusivo.

Ciò porta a studiare se la proprietà di un marchio può perdersi *involontariamente*, il che non mi sembra dubbio, per quanto gli scrittori non approfondiscano neppure questo punto. Gli esempi abbondano a prova della vera espropriazione forzata che talora fa il pubblico, specialmente a riguardo di speciali denominazioni di prodotti, rese usuali ed ordinarie.

Tali casi, secondo che io propongo, vanno esaminati e giudicati a stregua delle norme che regolano l'istituto della *consuetudine*. La consuetudine ha pur la sua disciplina nel giure. Quando l'uso di un particolare segno industriale sarà divenuto consuetudinario, — e il magistrato farà le dovute indagini in proposito, — allora ben potrà dirsi che il proprietario di quel segno ne è stato spossessato e non avrà più sul segno alcun diritto.

L'interesse privato deve cedere all'interesse pubblico.

Dopo ciò, mi auguro di non essere frainteso nella breve esposizione che ho fatto delle mie idee, augurandomi altresì che esse suscitino una discussione pari all'importanza che ha per il ceto industriale il tema da me svolto.

Avv. A. S. MARTORELLI

desima, tostochè la usurpazione e la contraffazione del marchio erano rimaste del tutto escluse.

Che col terzo mezzo si fa addebito alla Corte di non aver posto mente che la bottiglia di cui il ricorrente reclama l'uso esclusivo non era soltanto quella che rappresentava la forma di un mandarino, ma l'altra che recava in questa forma il segno caratteristico di tre foglie colorate in verde, onde non bastava l'avere rilevato che la bottiglia in forma di un mandarino fosse diventata di uso comune e generale, ma conveniva indagare se tal uso si fosse esteso ad una bottiglia di quella foggia col particolare ramo di foglie verdi.

Che l'appunto non regge, imperocchè la Corte ha osservato che le bottiglie di cui parlarono i testimoni come diventate di uso comune, avevano talune le foglie dipinte in verde, altre le foglie stesse in vetro lucido, e che dell'una e dell'altra guisa eran le foglie sulle bottiglie fabbricate nelle vetrerie, e vendute ai liquoristi i quali le lasciavano in vetro lucido ovvero le facevano dipingere in verde secondo che loro talentava.

Che del pari ha ritenuto la Corte come il Galliano non potesse avere ignorato questo comune uso che facevasi della sua bottiglia col distintivo delle tre foglie colorate in verde ovvero in semplice vetro lucido, ed egli è a notare che il medesimo attore sin dallo atto introduttivo del giudizio accennò alle foglie sia in verde, sia in vetro lucido come costituenti entrambi un segno caratteristico della bottiglia da lui adoperata.

Che riesce eziandio infondata l'altra censura contenuta in questo medesimo mezzo di non aver la Corte fatto alcun esame dei molti documenti prodotti dal Galliano a dimostrazione della sua invenzione e che siasi fermata soltanto a ciò che era risultato dalla inchiesta testimoniale.

Che colla precedente sentenza della stessa Corte, colla quale fu ammessa la prova testimoniale, si era già rilevato di non potersi la controversia risolvere in base dei documenti; e torna poi manifesto che consistendo tutta la questione nel vedere se la speciale bottiglia inventata dal Galliano fosse entrata nel pubblico uso, a nulla valeva l'addurre i certificati, i diplomi, le gazzette nelle quali si faceva menzione del liquore prodotto dal Galliano e contenuto in una particolar forma di bottiglia da lui appositamente inventata.

Che anche vana riesce l'altra censura di non aver la Corte avuta la giusta nozione della concorrenza industriale, quando ha parlato della libera fabbricazione che facevasi nelle vetrerie di bottiglie in forme di mandarino come se i vetrai avessero potuto fare concorrenza al liquore prodotto dal Galliano ponendo in vendita bottiglie di detta forma.

Che la Corte accennando all'uso diventato generale nelle fabbriche di vetri, di costruire bottiglie in forma di mandarino, ha voluto significare la ragione e lo scopo per cui veniva foggiata una simile bottiglia e la ragione e lo scopo erano la richiesta che ne facevano i liquoristi per servirsene come recipiente destinato allo spaccio di un liquore simile a quello prodotto dal Galliano.

Che non sussiste infine di non aver la Corte dimostrato che il Viano facendo uso di botbottiglie di forma identica a quella adoperata dal Galliano avesse tuttavia cercato di distinguere il liquore in essa contenuto, in modo da non poter essere confuso coll'altro spacciato dal ricorrente.

Che, stabilito colla sentenza il fatto di essere caduta nel pubblico dominio l'accennata forma di bottiglia, il semplice uso di essa non poteva dar luogo a confusione di prodotti, tostochè era venuto a notizia del pubblico che anche altri liquoristi avevano adottato quel tipo di bottiglia per lo smercio del liquore di mandarino.

Che era poi un fatto fuori controversia che la bottiglia adoperata dal Viano, pur essendo in forma di mandarino, recasse la etichetta propria di lui e che nessuno degli altri segni caratteristici del marchio di fabbrica appartenente al Galliano fosse stato imitato od usurpato.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 marzo 1907 n. 269

Pagano *Pres.* — Spirito *Est.*

Comune di Palermo (avv. *F. Scibona-Batolo*) contro Mancino e Giamporcaro (avv. *E. Mirabile* e *C. De Stefano*).

Gli avvocati iscritti presso una Corte di cassazione possono esercitare davanti a qualsiasi Corte di cassazione del Regno, com-

prese le Sezioni unite istituite presso la Corte Suprema di Roma (1).

Non può dirsi che la legge (nella specie, un regolamento comunale) abbia forza retroattiva, se la legge stessa è muta in proposito, e della retroattività solo è cenno nelle discussioni preparatorie e nelle risposte del relatore della legge (2).

Non è concepibile un diritto quesito senza il concorso di due estremi essenziali, di un fatto, cioè, posto in essere dalla libera volontà del privato, e di una disposizione di legge che a quel fatto attribuisca contenuto e sostanzialità di effetti giuridici (3).

Quindi il servizio, prestato dagli impiegati durante il vecchio regolamento che non accordava il diritto a pensione, non vale a far acquistare tale diritto al momento dell'attuazione del regolamento nuovo col quale la pensione viene attribuita (4).

La Corte a *Sezioni unite*, ecc. — Considera che del tutto infondata sia l'ultima eccezione, trovandosi nell'art. 1 del Regio Decreto 6 gennaio 1876, emanato all'occasione della istituzione in Roma delle due sezioni della Cassazione, riconosciuto il diritto degli avvocati, iscritti nell'albo delle Corti già esistenti, di poter patrocinare davanti alle sezioni medesime, quantunque si possa ritenere che simile disposizione, opportuna bensì, non era però necessaria, in quanto poteva sovvenire all'uopo il disposto dell'art. 14 della legge sull'esercizio delle professioni di avvocato e di procuratore, in cui è statuito: « gli avvocati iscritti in un albo hanno facoltà di esercitare davanti tutte le Corti ed i Tribunale del Regno ».

Che non accade poi spendere parole a dimostrare la minima consistenza dell'altra eccezione, essendo semplicemente evidente, per l'enunciativa dei fatti della causa e dal semplice raffronto dei termini dell'unico mezzo del ricorso presentato prima alla Corte territoriale ed ora alle sezioni unite di questo Supremo Collegio, come, quantunque non in tutto identiche le disposizioni di legge denunciate nei due ricorsi, indentico però in entrambi ne è il contenuto, consistente nel vedere se le guardie daziarie Mancino e Giamporcaro avessero quesito il diritto alla pensione alla prima attuazione del regolamento del 1894 o, in parole diverse, se il regolamento medesimo potesse, o meno, avere forza retroattiva, per guisa che il servizio da loro prestato prima della pubblicazione di esso, quando non era accordato il diritto alla pensione, l'avesse loro fatto conseguire.

E forse se la Corte di rinvio avesse riguardato il quesito sotto cotesto profilo di idee, si sarebbe di leggieri accorta dell'equivoco incorso dalla sentenza precedente, nè le sarebbe accaduto di porsi contro la decisione della Cassazione locale, ribellandosi ai saggi e ponderati dettami della medesima.

Certo, al concetto della retroattività di legge è correlativo l'altro del diritto quesito o meno; ma l'aspetto diverso che essi raffigurano avrebbe potuto agevolare il compito della disamina, se riguardato dall'uno più che dall'altro lato. Di vero, se non è facile cosa definire in che il diritto quesito consista, e determinare nella infinita varietà dei casi se un dato fatto giuridico (intesa la parola in senso latissimo) concreti in sè un diritto, sicchè possa dirsi quesito a chi lo invoca, la medesima difficoltà può taluna volta non incontrarsi, quando quel fatto, onde il preteso diritto vorrebbesi derivare, sia esclusivamente costituito da una disposizione di legge. Ne

(1) Questa massima che non avrebbe dovuto mai avere precedenti contrari in dottrina e in giurisprudenza tanto essa è corretta, ha ora il sua antagonistico precedente nella decisione 5 febbraio 1907 della Cass. Palermo, *Mon. trib.* 1907, 403 — e si vede subito come i cattivi esempi siano deleterii. Una critica efficace dello strano pronunciato palermitano è stata fatta dal prof. M. DI PALO e può leggersi nella *Giur. ital.*, anno corr. 1907, 1, 1, 230.

(2) Cfr. per ogni buon fine la sentenza 28 giugno 1904 dello stesso Supremo Collegio, nella quale sentenza, riportata dalla *Cass. unica civ.*, anno 1904, pag. 183, fu ritenuto che effetto retroattivo hanno solo le leggi interpretative, e che nella interpretazione di una legge deve aversi riguardo alla locuzione di essa e non alle discussioni parlamentari o alle dichiarazioni di ministri o relatori, a meno che la Camera non avesse approvato tutto ciò con appositi ordini del giorno.

(3-4) Sui diritti quesiti degli impiegati vedi la stessa Cass. Roma nelle due decisioni 7 marzo 1904, est. MORTARA, e 9 marzo 1906, est. LA TERZA, in questa raccolta, anni 1904, 289, e 1906, 208, con richiami ed osservazioni in nota.

Cfr. anche C. F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol I, parte II, pag. 182 e seg.

(poichè le parti non ne fanno discussione e sono anzi concordi nel ritenerlo) occorre stabilire come le disposizioni regolamentari abbiano virtù di legge, benchè ne sia circoscritta l'efficacia nell'orbita consentita all'autorità municipale nell'esplicamento del suo diritto d'impero.

Ora, a considerare il quesito sotto l'aspetto della retroattività sovviene alla disamina il formale precetto di legge consacrato nell'articolo 2 disp. prelim. cod. civ., che in termini statuisce: « la legge non dispone che per l'avvenire, essa non ha effetto retroattivo ».

Sicchè a dare efficacia retroattiva alla legge, e derogare a quel postulato che è un'emanazione necessaria d'indeclinabili principi logico-giuridici, fa di mestieri una esplicita disposizione della legge stessa, che così prescriva per ragioni cui solo ad essa è dato avvisare.

E consegue altresì che non possa il magistrato, senza violare le più elementari norme di ermeneutica legale, arrogarsi la potestà di desumere argomenti da ciò che si fosse detto nel periodo della preparazione delle stesse leggi da quanti presero parte, in qualunque veste, alla formazione di esse per indurre nella legge un principio contrario a quello proclamato nel cennato art. 2; dacchè sarebbe cotesta non una interpretazione della legge, ma un'aggiunta alla medesima, che ripugna ad ogni criterio interpretativo, perchè rientra nella esclusiva potestà del legislatore, al quale solo, come è consentito di formare la legge, può essere attribuito il potere d'imprimerle virtù retroattiva ed efficacia giuridica per il tempo trascorso. E però, anche quando esplicito dalla risposta data dal relatore risultasse il concetto intraveduto dalle Corti di merito, non potevano esse prescindere dal considerare che nulla di esplicito vi era nella legge, e che tanto valeva, se proprio quello era il pensiero che l'informava e da cui era ispirato il Consiglio, aggiungere all'articolo un inciso che apertamente lo significasse, senza starsi paghi ad una semplice dichiarazione del relatore, che non importava in sè i poteri del Consiglio, il quale approvò l'articolo nei termini onde era concepito.

E trovandosi di contro al fatto della revoca di tale disposizione, avvenuta solo tre anni di poi, ed al richiamo da esse fatto di quanto in seno alla Giunta ebbesi a verificare nel 1881, quando la prima volta sorse il pensiero di provvedere mediante la concessione della pensione alla sorte delle guardie, avrebbero dovuto prima di aderire al concetto da loro accolto soffermarsi a considerare se quella intelligenza attribuita alla risposta del relatore potesse nel silenzio dell'articolo rispecchiare il pensiero del Consiglio, quando conseguenza di detta interpretazione sarebbe stato un possibile aggravio del bilancio comunale consentito così a cuor leggero e senza una esplicita dichiarazione che lo sanzionasse.

Ed allora, vedendosi dinanzi tanta esorbitanza di conseguenze, volgendo l'esame all'altro aspetto della questione, a riguardare cioè se possibile l'efficenza di un diritto quesito nei termini di fatto della controversia, alle Corti di merito sarebbe facilmente occorso di considerare quanto seriamente aveva notato il Supremo Collegio intorno agli elementi costitutivi del diritto quesito. Poichè diritto quesito non è concepibile senza il concorso dei due estremi sostanziali, di un fatto, cioè, posto in essere dalla libera volontà del privato, e di una disposizione di legge, che a quel fatto attribuisca contenuto e sostanzialità di effetti giuridici. E però, se l'uno o l'altro di cotali elementi faccia difetto, l'asserire che siasi potuto quesire un diritto, vale quanto affermare cosa giuridicamente impossibile.

Giacchè insito nel concetto di un diritto è la creazione di rapporto che la legge autorizzi e tuteli; nè, senza un fatto nuovo, che l'astratta potenzialità del diritto contenuto in una disposizione legislativa traduca in concreta effettività, è quasi possibile il sorgere di un diritto, che l'individuo che lo pretende possa dire entrato nel suo patrimonio.

E riguardando l'art. 1097 cod. civ., ove le diverse fonti di diritti sono indicate, le Corti di merito si sarebbero facilmente addate della giuridica differenza che intercede tra le diverse ipotesi di legge. Da che altra è la configurazione di un fatto che rappresenti una delle quattro fonti di diritto, diversa dalla legge, posto in essere dall'individuo sotto l'impero di una norma legislativa, altra quella della semplice esistenza di un precetto di legge, sia pure attributivo di un diritto, senza che nulla sia intervenuto da parte del privato, che quel diritto potenzialmente contenuto nel precetto della legge renda concre-

to ed effettivo, facendolo entrare nel suo patrimonio con un fatto della sua personale attività, cui la legge stessa attribuisca una simile virtù. E però bene il Supremo Collegio notava che non fosse possibile parlare di diritto quesito di fronte ad una nuda disposizione di legge, la quale, così come era, non rappresentava che un'astratta potenzialità, che solo poteva divenire concreta ed effettiva quando si fosse attuato quel fatto, cui essa era intesa a regolare. Onde giustamente rilevava che, in tale contingenza, la nuda esistenza della legge altro non costituisce che una semplice speranza, una vaga ed incerta aspettativa, che poteva essere travolta nel nulla in virtù di quello stesso potere che l'aveva fatta nascere. Poichè, a differenza delle altre cause di diritti, le quali, al loro manifestarsi, creano rapporti e determinano il sorgere di diritti e di obbligazioni, l'apparizione di una legge attributiva di diritti non ne contiene che la semplice potenzialità. Quelli insomma che derivano dalla legge la loro genesi prima non sono diritti concreti ed effettivi in virtù del solo disposto legislativo, ma sono delle semplici facoltà dalla legge riconosciute, le quali possono divenire diritti reali e concreti sol quando dall'individuo si ponga in essere il fatto, cui la legge stessa attribuisce quella data effettività. E se non altro che delle semplici facoltà sono i diritti potenzialmente contenuti in un disposto di legge, riappare ancora una volta giustificato il concetto della Cassazione territoriale, che essi costituiscono niente più che delle semplici aspettative, delle nude speranze, che possono essere frustate dal sopravvenire di una nuova legge che le porti via, con l'abrogazione dell'altra che le aveva fatte concepire.

Ed è vano riattaccare il concetto di un diritto quesito al fatto della prosecuzione del servizio da parte delle guardie Mancino e Giamporcaro dopo il provvedimento del 1894; dacchè questo fatto, come continuazione dell'antico stato di rapporti, non costituendo un nuovo fatto giuridico, diverso dal precedente, non ne poteva modificare l'originario contenuto, nè dare origine a conseguenze di diritto che in quello non si contenevano. Che anzi, tale argomento, per la contraddizione che involge, è la prova migliore dell'equivoco incorso dalle Corti di merito, e ribadisce ancora una volta la deficenza di criteri esatti e determinati intorno alla vera natura del diritto quesito. Poichè, se a concretare l'astratta facoltà del diritto potenzialmente contenuto nella disposizione regolamentare occorreva il fatto posteriore della continuazione del servizio, ciò significa appunto che quella disposizione non era operativa per sè sola, sì che potesse spiegare virtù retroattiva, e che per essa, *illico et immediate*, fosse sorto, perfezionato in tutta la sua consistenza, il diritto del Mancino e del Giamporcaro alla pensione. E significa ancora una ulteriore imprecisione di criteri da parte delle Corti di merito, in quanto, riattaccando il fatto della prosecuzione del servizio alla nuova disposizione regolamentare, per desumerne la innovazione degli originari rapporti contrattuali, vengono implicitamente a riconoscere che non più la legge per sè, ma un nuovo ordine di rapporti contrattuali fosse necessario; gli effetti giuridici di cotesto innovato ordine di rapporti non potrebbero estendersi al passato, e comprendere in sè anche il servizio precedentemente prestato. Ciò che, per altro verso, verrebbe a riaffermare il principio proclamato dalla decisione del superiore collegio locale, cioè che non fosse stato nè potesse esservi retroattività, nè parlarsi quindi di diritto quesito in virtù della nuova legge.

Eppure sarebbe stato agevole per la Corte di rinvio schivare tutte le ambagi nelle quali si mise, se per poco avesse ricordato il principio fondamentale che presiede alla materia della retroattività per la determinazione dell'esistenza o meno di un controverso diritto quesito, quello cioè che *la legge intermedia non possa all'indicato scopo avere alcuna importanza e debba essere affatto trascurata*.

Ma essa volle non tener conto dei sani dettami della Suprema Corte locale, che ammoniva come fosse necessario, ad integrare il concetto di un diritto quesito, il concorso di due elementi, la legge ed un fatto individuale; ed è naturale quindi che, smarrita cotesta direttiva, vedesse un effettivo diritto quesito nella legge che ne racchiudeva solo la potenzialità, e senza l'intervento di un fatto che rendesse concreta e reale quell'astratta facoltà attribuì efficacia continuativa e virtù di produrre giuridici effetti ad una legge, che era dileguata nel nulla col sottentrare di una legge contraria imperante nel tempo che ebbe a verificarsi il fatto, mercè cui solo eventualmente col favore della legge avrebbe potuto

concretarsi, nelle guardie Mancino e Giomporcaro, il preteso diritto quesito.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 marzo 1906 n. 275

Baudana *Pres.* — Planigiani *Est.*

Ferri (avv. *C. De Michetti*) contro Sbei (avv. *N. Danesi*).

E' donazione con onere, a termine dell'articolo 1080 cod. civile, quella con cui al donatario è imposto l'obbligo, e quindi il peso, di convivere col donante e di coltivare il fondo donato (1).

La Corte, ecc. — Considera che il tribunale, dopo essersi proposta la questione se l'obbligo della coabitazione e di coltivare i fondi donati costituisca un *peso* a norma dell'art 1080 codice civile, non dubita di risolverla negativamente, affermando che la frase « pesi imposti al donatario » vada intesa nello stretto significato di oneri e prestazioni tali da importare diminuzione al valore della donazione, sì da non poter comprendere l'obbligo imposto al Cassoni, che aveva un valore semplicemente etico e non economico, ed anzi rappresentava un vantaggio per il donatario, procurandogli un alloggio gratuito e favorendo il miglioramento dei fondi. E, dopo avere ciò ritenuto, soggiunge che i pesi, di cui è cenno nell'articolo 1080, rappresentano sempre una prestazione accessoria di minima importanza di fronte all'atto di liberalità a cui è aggiunta, mentre nella specie concreta l'obbligo surriferito imposto al donatario formava il movente e lo scopo principale della donazione e quasi ne costituiva il corrispettivo.

Considera che l'interpretazione data dal tribunale agli articoli 1079 e 1080 cod. civile apparisce indubbiamente errata, per poco che si indaghi lo spirito che li muove.

Il primo di essi riguarda le donazioni semplicemente sottoposte a condizione risolutiva, cioè ad un avvenimento futuro ed incerto, indipendente dalla volontà del donatario, e dispone che l'avverarsi della condizione fa, in applicazione del noto aforisma *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*, ritornare liberi intieramente (*ex tunc*) nel potere del donante i beni donati, anche in pregiudizio dei terzi acquirenti; il successivo, invece, si riferisce alle donazioni sottoposte a patto commissorio, cioè alla condizione di un *peso* imposto alla fede del donatario, e prescrive che la domanda di revocazione non possa pregiudicare i terzi, che abbiano acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla *trascrizione della domanda*; e ciò per la manifesta ragione che, dipendendo in tal caso la condizione dalla volontà dell'uomo, si vollero impedire possibili collusioni in danno ai terzi di buona fede. In questa seconda ipotesi il diritto dei terzi deve rimaner saldo qualunque sia per essere la sorte della donazione, e al donante, che agisca per revocazione, rimarrà soltanto nel caso di vendita un'azione d'indennità contro il donatario fedifrago.

Giova poi aggiungere che per *peso* s'intende qualsiasi onere od incomodo, senza tener conto se esso porti, o no, sacrificio economico; bastando per la ragione della legge che esso dipenda dalla volontà del donatario; non senza poi avvertire che nella specie mal si disapplica il carattere di peso ad una ingiunzione, che tendeva a menomare la libertà personale

---

(1) Che tanto il *facere*, quanto il *dare* costituiscano un peso non può esser dubbio. La differenza poi fra la risoluzione che ha luogo in forza dell'art. 1079 e quella che si verifica a norma dell'art. 1080 consiste in ciò che la prima segue *ex causa necessaria* e quindi risolve le ipoteche ed altri carichi imposti sul fondo, pel noto principio *nemo plus iuris* ecc.; la seconda si opera *ex causa volontaria* e non può influire sulle contrattazioni intercedute nel frattempo.

La differenza fra *condizione* e *peso*, non contemplata dal Codice Napoleone, ma fatta poi dalla dottrina e dalla giurisprudenza (DURANTON, t. 8, n. 539-540; TOULLIER, t. 5, n. 278, Cour d'appel de Paris 24 Agosto 1809, *Journal du Palais*, 1809, p. 797), fu accolta nel nostro Codice dal legislatore del 1865.

Non conosciamo in proposito precedenti di giurisprudenza. La citata sentenza della Corte d'appello di Parigi faceva appunto il caso di una donazione in cui si era fatto obbligo al donatario di coabitare colla donante, e la Corte decise che questa non era una condizione, ma un peso, e, riconoscendo che il donatario era stato obbligato ad abbandonare il domicilio della donante per un caso di forza maggiore, rifiutò di pronunziare la risoluzione del contratto.

Vedasi una *nota* del prof. Alfredo ASCOLI nella *Temi*, anno corr., pag. 456-457. Cfr. PIOLA, in *Dig. ital.*, voce *Donazione*, n. 35 e 78.

del donatario, obbligandolo ad abitare in un luogo piuttosto che in un altro, e ad attendere a certi lavori piuttosto che ad altri di maggiore suo genio.

Considera che da quanto sopra consegue, che nella specie si versava nella ipotesi dell'art. 1080 e non già in quella dell'articolo precedente, e che il tribunale, per cercare il difficile e peregrino, ha smarrito la retta via, che era piana, breve ed agevole; e perciò la sua sentenza deve essere annullata per erronea interpretazione di legge.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 marzo 1907 n. 277

Baudana *Pres.* ed *Est.*

Piroddi (avv. *E. Ciolfi*) contro Costa (avv. *O. Sechi*).

Per sostituire la perizia all'offerta del prezzo negli espropri non basta che i fondi siano stati migliorati, sia pure sostanzialmente, od abbiano aumentato di valore, ma occorrono modificazioni tali che li facciano apparire cosa ed entità nuova, ossia cosa diversa da ciò che è descritto e stimato in catasto (1).

Agli effetti dell'art. 2080 Cod. civile l'insufficienza dei beni ipotecati a garanzia del creditore non può da costui provarsi facendo il confronto col semplice sessantuplo del tributo diretto gravante i detti beni, ma deve provarsi in modo esauriente con quei mezzi che più risultino acconci, e la decisione sulla sufficienza o meno è poscia lasciata al criterio insindacabile del giudice di merito (2).

La Corte ecc. — La ditta Costa comprese nel precetto per la esecuzione i beni immobili a favore di lei ipotecati ed altri liberi da ipoteca, di piena proprietà del debitore Bernardo Piroddi, e per la vendita, anzichè provocare una perizia, offrì un prezzo non minore di sessanta volte il tributo diretto verso lo Stato, a norma dell'art. 663 Cod. proc. civile. I figli ed eredi del debitore si opposero, e fin dall'inizio della lite avanti il Tribunale di Lanusei, conclusero doversi limitare il diritto della creditrice a subastare solamente gli stabili risultanti dall'ipoteca convenzionale, e, in via subordinata, ammettersi la prova, specialmente mediante perizia, per stabilire: *a)* il vero e reale valore di quegli stabili, con i quali il credito è non solo sufficientemente, ma esuberantemente garantito; *b)* i miglioramenti sostanziali arrecati dal loro padre alla sua proprietà, compresi gli stabili ipotecati, per modo che il patrimonio della famiglia Piroddi è oggi più che centuplicato. Quindi in primo grado sorsero due questioni, le quali poi furono deferite al giudice di appello, sulla interpretazione del citato articolo 663 e sull'interpretazione dell'articolo 2080 Cod. civile.

In quanto all'art. 663 ben dissero il Tribunale e la Corte d'appello che, per sostituire la perizia all'offerta del prezzo valutato a norma del tributo, non basta che i beni posti in vendita siano stati migliorati, benchè sostanzialmente, come volevano provare i debitori; che abbiano aumentato di valore, che siano stati ridotti a vigna o popolati di alberi da frutto, od in altra guisa utilmente

(1) Giurisprudenza ormai prevalente. Cfr. A. Palermo 10 marzo 1905 (*Foro sic.* 1905, 369), A. Trani 26 maggio 1905 (*Foro Puglie* 1905, 348). A. Palermo 10 marzo 1904 (*R. univ.* 1904, 256 con nota di C. Perolo). A. Ancona 16 luglio 1904 (*Corte Ancona* 1904, 364), A. Catania 25 giugno 1904 (*Giur. Cat.* 1904, 148), C. Roma 22 aprile 1902 (*Foro it.* 1902, I, 812), ecc.

(2) Uno dei primi dubbi che sorge nella mente di chi, stante l'insufficienza dei beni ipotecati, intenda procedere anche sui beni liberi, è quello se si debba all'uopo, in difetto di consenso del debitore, chiedere l'autorizzazione al Tribunale, o si possa comprendere anche questi ultimi nel precetto, salvo poi a dimostrare in giudizio, sia in via di azione sia in via di eccezione, l'insufficienza dei beni ipotecati. A tale dubbio risponde indirettamente la sentenza della Corte d'appello di Palermo 3 giugno 1904 (*Foro sic.* 1904, 425) che dichiarava: « Il divieto al creditore di mettere sotto esproprio beni che non gli siano ipotecati è solo proponibile nello stadio della vendita, non in quello di notifica del precetto ».

La prova poi dell'insufficienza dei beni si è dagli scrittori specialmente francesi ritenuto che potesse risultare dal fatto che detti beni fossero gravati da numerose ipoteche (PIGEAU, *Comment. sur le Code de proc. civ.*, II, p. 221; THOMINE-DESMAGURES, *Comment. sur le Code de proc. civ.*, II, p. 99; BIOCHE, *Diction. de proc. civ.*, v. *Saisie immobil.*; LA-

trasformati di coltura; ma occorrono altre modificazioni sostanziali, come se fossero divenuti cosa od entità nuova, per modo che non siano più quelli descritti e stimati in catasto, da cui si rilevò il tributo diretto verso lo Stato.

Tale è la giurisprudenza di questo Supremo Collegio.

In quanto all'art. 2080 Cod. civile, i magistrati del merito concordemente ritennero che i beni ipotecati sono insufficienti a garantire il credito, perchè hanno un valore di lire 4987.80 ricavato dal multiplo del tributo ai sensi dell'art. 663 Cod. proc. civile, valore evidentemente inferiore al debito per cui si procede alla subasta, che è di lire 6009.73.

Con questa considerazione fu respinta la relativa opposizione dei debitori, i quali deducono in Cassazione la violazione e falsa applicazione dell'art. 2080 Cod. civile.

La difesa della creditrice ditta Costa osserva che i Piroddi non hanno spiegato in che consista la denunziata violazione e falsa applicazione dell'art. 2080, nè hanno sostenuto che a tale articolo si debba dare una interpretazione diversa da quella adottata dalla Corte di Cagliari; quindi la difesa stessa ritiene che sotto questo punto di vista i Piroddi non ottemperarono al precetto del numero 4 dell'art. 523 Cod. proc. civile.

A dire vero, la questione meritava una congrua discussione, e non era proprio il caso di ometterla nella esposizione dei motivi del ricorso, molto più che sono note le dottrine degli scrittori e la giurisprudenza svoltasi in Francia e in Italia anche sotto l'impero dei precedenti codici civili, che ebbero disposizioni identiche al vigente articolo 2080.

Per altro non può giungersi fino alla inammissibilità del ricorso, giacchè nella parte narrativa è ripetuto quel che si contestò davanti il giudice del merito, e cioè che i beni ipotecati erano più che sufficienti a garantire il credito, e che questi beni soltanto e non gli altri liberi da ipoteca si potevano mettere in vendita. Ciò premesso, ne segue la denunciata violazione e falsa applicazione dell'articolo 2080.

Con quest'articolo, come osservò nella sua relazione il Ministro Pisanelli, autore del relativo progetto, « fu riconosciuto che il creditore ipotecario non possa, senza il consenso del debitore, far vendere gl'immobili che non sono ipotecati a suo favore quando i beni ipotecati pel suo credito sono sufficienti ». Ciò era chiesto da principii di equità e di giustizia.

« Havvi il giudizio preventivo del creditore sulla sufficienza degli immobili accettandoli in ipoteca e garanzia del suo credito; e, qualora venga provato che siano sufficienti, havvi il fatto attuale che gli stessi immobili presentano un valore adeguato per soddisfarlo.

« Non deve quindi essere lecito al creditore di far vendere altri immobili al solo scopo di recare un pregiudizio certo al debitore, mentre egli non può ritrarre alcun legittimo vantaggio ».

L'articolo 2080, compreso nel titolo *Della espropriazione forzata degli immobili*, non richiama affatto l'art. 663 Cod. proc. civile, e manifesta è la diversità di locuzione; per la sufficienza della voluta garanzia non rimette al creditore la scelta della prova peritale o della catastale, nè designa alcun mezzo specifico di prova, la quale, per l'interesse che ne ha il debitore, sia a carico suo. Quindi non è lecito estendere la disposizione dell'articolo 663 della procedura al caso previsto dall'art. 2080 Cod. civile, e la ragione nol

---

CHAIZE, *Expropriation forcée*, I, p. 142); la nostra giurisprudenza rimette prevalentemente il giudizio al criterio del giudice, a cui pertanto sarà bene fornire tutti quegli elementi che si crederanno giovevoli all'intento, fra cui il Mattirolo (5.a ediz., V, n. 451) enuncia, oltre il certificato ipotecario, i risultati delle vendite anteriori, l'ammontare dei fitti e delle locazioni, le perizie precedentemente eseguite, ecc.

In ogni caso si è giudicato che non occorre la previa escussione dei beni ipotecati.

Gioverà tener presenti le seguenti massime: L'insufficienza va dimostrata a mezzo di stima ed è insufficiente il computo presuntivo del sessantuplo del tributo diretto. A. Venezia 23 ottobre 1902 (*Temi* 1902, 839). — Il creditore istante può far subastare per la consecuzione del suo credito anche i beni su cui non ha ipoteca, se risulta da perizie incontrastabili che i beni ipotecati sono insufficienti a pagare il credito. A. Palermo 15 dic. 1899 (*Circ. giur.* 1900, 215). — Il creditore può senza il consenso del debitore farne subastare i beni su cui non ha ipoteca contemporaneamente a quelli ipotecatisi, se per devoluzioni od espropriazioni questi sono in parte venuti meno. A. Palermo 21 ottobre 1899 (*Foro sic.* 1900, 392). — Cfr. LESSONA, *Teoria delle prove*, I, 2.a ediz. n. 358-*bis*, CESAREO-CONSOLO, *Trattato dell'espropriaz.*, III, parte I, cap. 34.

consente, altrimenti il creditore potrebbe ingiustamente ed irreparabilmente recar danno al debitore mettendo in vendita i beni liberi, in un a quelli ipotecati, a prezzo catastale e non secondo perizia, anche quando fosse sicuro che i beni vincolati da ipoteca fossero attualmente e in realtà sufficienti a garantire il suo credito. E il danno certo del debitore, senza alcun legittimo vantaggio del creditore, si verificherebbe appunto se la insufficienza dovesse soltanto risultare dal fatto della incapienza in tutto o in parte del credito dopo la vendita dei beni ipotecati e dopo la distribuzione del prezzo. La decisione è quindi rimessa al prudente arbitrio del magistrato, cui è affidata la cognizione del giudizio di espropriazione, il quale può valersi di tutti i mezzi di prova ammessi dalla legge e tali da formare la sua incensurabile convinzione, al solo effetto di autorizzare o no l'espropriazione dei beni non ipotecati.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

13 aprile 1907 n. 320

Caselli *Pres.* — De Aloisio *Est.*

Ferrari (avv. *C. Mastellari* e *G. Roversi*) contro Pitani (avv. *A. Tabanelli*).

La moglie non può impugnare di nullità per opposizione d'interessi tra coniugi il mutuo (nella specie, mutuo cambiario) da lei creato con la semplice autorizzazione del marito, se il mutuante non era consapevole dello scopo del mutuo stesso (1).

La Corte ecc. — Le censure col primo mezzo proposte non sono che un vaniloquio, di fronte alla giusta e corretta motivazione dell'impugnata pronunzia. Per gli atti — essa dice e non potrebbe dir meglio — enumerati dall'art. 134 cod. civile, tra i quali sono il *contrarre mutui* ed il *sottoporre immobili ad ipoteche*, la donna maritata ha bisogno della autorizzazione del marito. Quindi il terzo che stipula con lei ha solo obbligo, perchè la stipulazione sia valida, di vedere se concorre la maritale autorizzazione; salvo che dal tenore, e dalla specialità dell'atto non *appaia* alcuna *opposizione d'interesse* fra la moglie ed il marito, nel quale caso per la massima « *nemo auctor in rem propriam* » non è dal marito, ma dal tribunale, che deve essere data l'autorizzazione; che se la *opposizione*, lungi dall'essere *apparente*, sia stata invece coperta dai coniugi col *simulare*, in luogo di un negozio del marito, un negozio riguardante il solo interesse della moglie, e quindi non richiedente che la sola autorizzazione del marito, tal *simulazione* non può far carico al terzo, che solo quando essa avvenga colla di lui scienza, non essendo egli tenuto a presumere la frode alla legge.

E qui la sentenza aggiunge che la prova di questa scienza che la Ferrari si era assunta, e che doveva dare, non fu certo raggiunta, in quanto che nessuno dei testimoni

---

(1) La giurisprudenza è costante nel riconoscere che l'opposizione d'interesse derivante dall'avere la moglie contratto il mutuo in pro del marito senza l'autorizzazione del Tribunale deve essere nota al terzo contraente al momento della stipulazione perchè si possa attaccare l'atto di nullità. V. in questo senso: C. Torino 16 dic. 1904 (*Legge* 1905, 548), A. Napoli 11 marzo 1904 (*Dir. e giurispr.* XIX, 1026), A. Milano 17 luglio 1903 (*Monit. Tribunali*, 1903, 811), C. Napoli 27 luglio 1903 (*Mov. giur.* 1903, 248). All'uopo è generalmente dichiarata ammissibile la prova testimoniale: C. Napoli 11 marzo 1905 (*Foro it.* 1905, I, 553), A. Napoli 28 aprile 1905 (*Cons. conciliatori*, 1905, 298), C. Torino 1 febbraio 1904 (*Giur. Torino*), 1904, 369), A. Trani 12 aprile 1904 (*R. giur. Trani* 1904, 576, A. Palermo 6 nov. 1903 (*Foro sic.* 1903, 590), A. Milano 17 luglio 1903 (*M. trib. Mil.* 1903, 811), A. Bologna 6 aprile 1906 (*Temi* 1906, 391).

Tuttavia non mancano sentenze le quali hanno dichiarato che la simulazione deve risultare dall'atto stesso o da una controdichiarazione: A. Macerata 5 maggio 1905 (*Corte Ancona* 1905, 283), A. Catania 6 febbraio 1905 (*Foro Cat.* 1905, 21). Contrariamente poi alla presente sentenza la Corte d'appello di Torino ha recentemente pronunciato: « Quantunque nel contratto di mutuo passivo figuri « interessata solamente la moglie, può sempre darsi « la prova che in realtà l'interesse era del marito, « al fine di farne dichiarare la nullità per difetto « d'autorizzazione giudiziale. Nulla decide in con« trario che il mutuante fosse in perfetta buona « fede, ignorando affatto di fare il mutuo al marito « anzichè alla moglie; tanto più se era notorio che « il marito, dissipatore, era uso ottenere danaro a « prestito coll'aiuto e concorso della moglie ». A. Torino 4 dic. 1903 (*Giur. Tor.* 1904, 479).

esaminati ha potuto dire « che il Pitani conoscesse o prima o all'atto della stipulazione, lo scopo del mutuo.... », ed il teste avv. Lipparini recisamente lo ha escluso.

Or codesto ragionamento, esattissimo in punto di diritto, perchè rispondente alla lettera ed allo spirito dei citati articoli, ed ai principii generali che regolano la formazione delle obbligazioni, è inaccessibile nei suoi, d'altronde ben precisi ed esaurienti estremi di fatto a qualsiasi sindacato del Supremo Collegio.

Anche meno concludente è il secondo mezzo. Imperocchè innanzi tutto, l'incarico dato dal Pitani al Lipparini per l'investimento della somma dovrebbe, sino a prova contraria, intendersi *juris ordine servato*, e quindi la simulazione alla quale costui avesse partecipato, non potrebbe imputarsi a quello. Ma è poi perentorio osservare (e ben lo nota il resistente nel suo controricorso) che tale questione, circa la *comunicabilità*, dal Lipparini al Pitani, della *scienza della simulazione*, non fu sollevata nel giudizio di merito; cosicchè riducesi ad una eccezione nuova, non proponibile in sede di Cassazione.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

20 aprile 1907 n. 345

Caselli *Pres.* — Lago *Est.*

Rao (avv. *V. Simoncelli*) contro Episcopo (avv. *P. Grippo*).

L'art. 695 cod. proc. civile, secondo il quale le eccezioni di nullità devono proporsi quindici giorni prima dell'udienza stabilita per l'incanto, non è applicabile alle subaste fiscali per debito d'imposta (1).

Esaurito il procedimento fiscale con la vendita dell'immobile su cui grava il debito della imposta, tanto il debitore, quanto i terzi possono far valere le nullità del procedimento stesso, non solo per il risarcimento dei danni, ma anche perchè, annullandosi la procedura, il fondo torni al debitore (2).

E' nullo il procedimento fiscale contro l'intestatario defunto, quando l'esattore sappia o possa sapere facilmente della morte e degli eredi di costui (3).

La nullità di tale procedimento non è schivata per il fatto che gli atti esecutivi siansi compiuti in confronto anche di altro cointestatario del fondo esecutato (4).

La Corte, ecc. — Col primo mezzo i ricorrenti sostanzialmente pretendono che nessuna nullità di atti esecutivi o di deliberamento pos-

---

(1-2) Massime oramai costanti. Cfr. Cass. Roma 27 gennaio 1906, *Imposte dirette* 1906, 140; 16 dic. 1894, ivi 1895, 230; 25 gennaio 1886, ivi 1886, 99; 8 aprile 1880, ivi 1880, 158. SERA, *Commentario*, 2.a ediz. 357, p. 190; Indici del nostro *Palazzo di Giustizia*, voce *Esattore*.

(3) Con questa sentenza pare che il nostro Supremo Collegio abbandoni la sua precedente giurisprudenza, colla quale ha sempre ritenuto legittimo il procedimento dell'esattore contro il defunto iscritto nei ruoli quando non avesse della morte *conoscenza legale* e cioè quando il sindaco non avesse sull'avviso di mora o sugli altri atti attestato la morte del contribuente (cfr. dec. 31 dicembre 1906, nella presente Raccolta, anno corr., pag. 149 — e l'altra decisione, difforme, 5 aprile 1907, in *Foro ital.*, 1907, 1, 1 685, con nota di V. SIMONCELLI.

Nello stesso senso si pronunziava il Consiglio di Stato con suo parere del 21 febbraio 1901:

« E' indubitato che l'esattore ha il diritto di procedere contro l'iscritto nel ruolo, senza preoccuparsi della regolarità o meno dell'iscrizione. La legge e il regolamento in vigore sulla riscossione delle imposte non contengono disposizioni speciali circa la via da tenersi in caso che un contribuente iscritto sia in fatto defunto, e quindi legalmente agisce l'esattore che si attiene in simili casi al procedimento stabilito pei contribuenti irreperibili ». Cfr. SERA, *Commentario*, paragr. 331, p. 198, e le sentenze ivi citate.

(4) L'indivisibilità dell'imposta trova il suo fondamento non solo nell'art. 24 della legge, che esplicitamente la dichiara per gli eredi, ma anche e più nella realità dell'imposta stessa per cui debitore dell'imposta è il fondo che ne è gravato; il che porta alla conseguenza che ogni possessore, se vuole liberarsi dagli atti esecutivi è non già *obbligato* personalmente, ma *costretto* a pagare l'intiero. L'indivisibilità è diversa dalla solidarietà appunto per ciò che in virtù di questa ciascuno è *obbligato personalmente* al pagamento dell'intiero, e in forza di quella no; e però non ci pare esatto quello che dice la Corte che l'esattore poteva agire legalmente contro il solo Simone mentre nel ruolo figuravano intestati ambedue i fratelli.

sa essere dedotta contro le aste fiscali eseguite, salva azione davanti l'autorità giudiziaria contro l'esattore al solo effetto di ottenere il risarcimento dei danni e delle spese. Ma questa teoria non altro è che il ricordo di altre teorie che in proposito ebbero scarsa applicazione nella giurisprudenza: quella cioè che tentò di considerare le aste fiscali come atto puramente amministrativo, compiuto dall'esattore col concorso del pretore e nel quale la autorità giudiziaria non potesse essere ammessa ad intervenire che per giudicare dei danni, e quella affatto opposta e non meno riprovata che cioè dovessero invece essere ritenuti come veri atti giudiziali solo differenti dalle subaste comuni in quanto venivano compiute avanti i pretori in contrapposto ai tribunali, e dovessero essere regolate interamente dalla procedura comune nelle parti non espressamente eccettuate dalla legge speciale sulla riscossione delle tasse, applicando alle stesse anche la disposizione dell'art. 695 stesso codice, tra cui le eccezioni di nullità per l'incanto nei modi ivi espressi, sotto pena di decadenza di qualsiasi impugnativa, — teorie estreme, oramai completamente ripudiate dalla dottrina e dalla giurisprudenza praticata da questa Corte Suprema, la quale, invece, ha con costanti giudicati affermato che nelle subaste fiscali deve prevalere la legge speciale, la quale, in applicazione del *solve et repete*, che domina sovranamente tutte le materie di imposta, per la necessità che non manchino allo Stato le rendite che devono alimentarne i bilanci, all'art. 73 ha stabilito che alle parti, ed a maggior ragione a quanti altri estranei che si ritenessero lesi dagli atti esecutivi dell'esattorie, oltre il ricorso al prefetto (art. 72), oltre a quello al pretore in conformità all'art. 647 cod. proc. civile (art. 63), è riservato il diritto a provvedersi davanti all'autorità giudiziaria per la dichiarazione di tutte quelle nullità sostanziali che infettano gli atti e il deliberamento, le quali, eseguitesi impunemente pendente la procedura fiscale per la necessità del pagamento e per la proibizione di ogni sospensione, ricevono però il loro libero sfogo per tutti gli effetti di ragione in giudizio principale di cognizione una volta che la compiuta esecuzione abbia tolto di mezzo ogni ostacolo fiscale e finanziario.

Posti questi criteri, ognuno vede che l'articolo 695 cod. proc. civile non trova applicazione nelle subaste fiscali, e la larga interpretazione da darsi all'art. 73 sovracitato, oltre all'azione dei danni verso l'esattore, lascia luogo ancora alle azioni di nullità sostanziali degli atti esecutivi esattoriali e del deliberamento in favore delle parti lese, non meno che dei terzi che si trovassero improvvisamente, senza precedente notizia legale o di fatto, egualmente lesi dagli atti esattoriali compiuti a loro insaputa e contro la loro volontà. La sentenza impugnata perciò, avendo affermato questi principi, merita plauso e non può dalla Corte essere riprovata.

Col mezzo secondo egualmente sostengono i ricorrenti che l'esattore, quando ha diretto i suoi atti esecutivi contro gli intestatari del ruolo, anche se defunti, ha agito conformemente alla legge, non essendo obbligato alla ricerca degli eredi, come non lo è, pel disposto espresso dell'art. 43, per gli aventi causa, in cui la proprietà od il possesso dalla persona iscritta in ruolo fossero per avventura passati tanto prima che dopo la pubblicazione del ruolo.

Ma basterà osservare, per superare questo ostacolo, quello che in fatto ha rilevato la Corte di merito, cioè che la legge obbliga l'esattore ad una serie minuta di diligenze, indagini e ricerche, riferentesi alla persona del debitore e dirette ad avvertirlo della scadenza del debito, a renderlo moroso al pagamento, a perseguirlo prima col pignoramento mobiliare, e dopo con quello immobiliare, diligenze, indagini e ricerche, le quali, ove fossero state seriamente praticate, non avrebbero mancato di fargli conoscere che il sacerdote Giuseppe Vernalone era defunto da 18 anni, sebbene tuttora intestato nel ruolo col fratello sacerdote Simone; che questa condizione giuridica del suo debitore era di facilissima percezione, tanto che la Corte, con criterio insindacabile, potè affermare che l'esattore perfettamente conosceva la morte del debitore che escuteva; e avrebbe potuto aggiungere che lo stesso non poteva a meno di conoscere perfino il Rao deliberatario, che si trovava confinante col terreno, che acquistava, per altro terreno di sua proprietà, e che l'uno e l'altro, se non potevano dirsi colludenti tra loro, erano in condizione di conoscere non solo la morte del sacerdote Giuseppe, ma persino quali erano i suoi eredi, che da tanti anni avevano pagato le tasse regolarmente, e che eravi tra questi il sacerdote Simone intestatario vivo e la sorella Antonia, cui l'e-

sattore rimetteva per conto del defunto gli atti notificati, onde macabramente li passasse al fratello nel mondo dei trapassati, volendosi, dopo, far credere di averla notificata come erede, e così come parte in causa, mentre è dalla sentenza insindacabilmente affermato il contrario.

Tutto questo troppo palese armeggio ha sinistramente influito sulla deliberazione della sentenza, e solleva una barriera che la Corte non potrebbe oltrepassare senza venir meno al suo istituto. Deve perciò anche questo mezzo essere respinto, tanto più che la nullità eccepita non è di semplice forma, ma è sostanziale, non essendo stato notificato il debitore principale, e trattandosi di giudizio che si svolse senza il suo contraddittorio o legittima contumacia, nullità che può essere utilmente invocata dall'Episcopo contro il debitore, per non perdere quello che ritiene essere cosa propria.

Ed egualmente deve farsi pel terzo ed ultimo mezzo, col quale si vorrebbe che l'indivisibilità del debito d'imposta (art. 24 citata legge) dovesse salvare dalla rovina l'intera subasta, la quale sarebbe validamente stata consumata riguardo al vivente cointestatario prete Simone. In proposito ben disse la sentenza denunziata che, se l'esattore si fosse limitato ad agire contro il Simone per l'esazione del suo credito o quale intestatario del ruolo o qaule erede, lo avrebbe fatto legalmente, ma, avendo invece creduto di rinunziare a quel privilegio e dividere la sua azione fra i due debitori, *imputet sibi* se il suo operato si presenta interamente contestabile.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

8 maggio 1907 n. 404

Pagano *Pres.* — Corbo *Est.*

Ticozzi (avv. *R. Pozzi*) contro Roggia (avv. *L. Corini*).

Il proprietario del fondo gravato da servitù di passaggio ha facoltà di chiuderlo e cingerlo con barriere chiuse a chiave, purchè consegni la chiave a colui che ha diritto al passaggio, non bastando di tenerla a disposizione di quest'ultimo (1).

La Corte a *Sezioni unite* ecc. — Sotto l'impero dei Codici precedenti una rigorosa giurisprudenza, dominata esclusivamente dal principio, che il proprietario del fondo servente non possa diminuire l'uso della servitù e renderla più incomoda, negò a chi possedeva un fondo gravato della servitù di passaggio la facoltà di chiuderlo, sia in modo assoluto, che in modo relativo.

Fu quindi deciso ch'egli non poteva cingere il proprio fondo di barriere chiuse a chiave, ancorchè avesse offerto la chiave al proprietario del fondo dominante.

Questa esagerata tutela dei diritti del proprietario del fondo, al quale è dovuta la servitù, menava di necessità alla conseguenza che, vietandosi la chiusura a chiave al proprietario del fondo servente, questi ne veniva quasi a perdere l'uso e il godimento, qualora il passaggio si fosse dovuto praticare non per un fondo rustico, ma entrando in una casa, o in qualunque altro fabbricato.

Ma il nostro legislatore, in correlazione al disposto dell'art. 442 del Cod. civ., che ciascuno può chiudere il suo fondo, salvo i diritti di servitù spettanti ai terzi, ha voluto

---

(1) La sentenza, contro la quale il Ticozzi diresse il suo ricorso alle Sezioni unite funzionanti presso il locale Supremo Collegio, è quella 10 febbraio 1906 della Corte di cassazione di Torino, e può leggersi nella *Giurisprudenza torinese*, anno 1906, pag. 462.

Non ci sembra che la controversia in sostanza meritasse tanto inchiostro e tante fatiche... legali. Essa fu risoluta conformemente alla sentenza che commentiamo fin dal 26 novembre 1870 per opera della Cass. di Napoli, est. TALAMO (*Giur. ital.* XXII, I, 880). In seguito si ebbe pur nel medesimo senso la decisione 27 agosto 1886 dell'A. Catania (*Foro catanese* 1886, 225).

Anche l'A. Napoli 2 giugno 1905, est. CALABRIA, ritenne che il diritto di chiudere il proprio fondo non può ledere i diritti di servitù spettanti ai terzi (*Corte d'appello*, 1905, pag. 303).

Per la dottrina si veggano il GERMANO, nel suo autorevole *Trattato delle servitù* (volume II, numero 307), e l'avv. **DE LA VILLE** nel suo recente *Trattato sintetico delle servitù prediali* (Napoli, 1907, vol. I, pag. 626), ove giustamente si osserva che le spese per la formazione e pel mantenimento di una siepe a sicurezza di un fondo aperto (siepe che naturalmente dovrà avere le aperture necessarie per l'esercizio della servitù goduta dal proprietario vicino) debbono rimanere a carico di colui che ha costrutto la siepe, spinto dal suo interesse.

colla disposizione del successivo art. 639 conciliare l'esercizio della servitù di passaggio con l'uso del fondo servente, ed ha quindi permesso al proprietario di codesto fondo di chiuderlo, ma a condizione di lasciar libero e comodo l'ingresso a chi esercita il diritto di servitù.

Ora è evidente che una tale condizione implica il concetto di una chiusura fatta in modo relativo.

E ciò importa che il proprietario del fondo gravato dalla servitù di passaggio, volendo apporvi delle barriere chiuse a chiave (quando il titolo non disponga altrimenti nelle servitù stabilite per fatto dell'uomo), dovrà necessariamente consegnare una corrispondente chiave al proprietario del fondo dominante.

Imperocchè solo con siffatto temperamento si verrà, secondo la mente del legislatore, a rendere possibile la coesistenza di due diritti in conflitto, e cioè il diritto che ha il proprietario del fondo servente di chiudere il suo fondo, e il diritto che spetta al proprietario del fondo dominante di esercitare liberamente e comodamente il passaggio.

Ma il ricorrente Ticozzi, proprietario del fondo servente, esagerando il diritto di tener chiuso il suo fondo soggetto alla servitù di acquedotto, pretende invece di trattenere esclusivamente presso di sè la corrispondente chiave, e di essere obbligato soltanto a consegnarla ogni qualvolta il titolare della servitù gliene facesse richiesta.

Ognuno vede che una tale pretensione è in manifesta contradizione col testo dell'art. 639 perchè viene a restringere la libertà di passare ed a rendere più difficile l'esercizio della servitù, e contraddice all'indole stessa di ogni servitù, perchè sarebbe mutare in obbligazione personale l'onere reale imposto sul fondo. Non si regge dunque il primo mezzo del ricorso, perchè la denunciata sentenza, applicando i principi sopra esposti, ha rettamente giudicato collo imporre al ricorrente Ticozzi l'alternativa, o di modificare l'edificio del suo molino in guisa che il custode dell'acquedotto possa accedervi liberamente, o di consegnare al consorzio titolare della servitù la chiave dell'ingresso, all'oggetto di vigilare la condotta delle acque, e di farvi gli spurghi e le riparazioni occorrenti.

Attesochè, in quanto al secondo mezzo, fa d'uopo innanzi tutto premettere che, avendo esso per obbietto non una deduzione separata e distinta, ma un argomento di difesa che è intimamente connesso col primo mezzo, non sia il caso di sottoporlo al giudizio della sezione semplice di questo Supremo Collegio, come prescrive l'art. 8 della legge 8 dicembre 1888 (N. 3825).

Or cotesto secondo mezzo è del pari insussistente, perchè, in ordine alla difesa presentata dal ricorrente, che cioè per effetto della presa d'acqua a vantaggio del suo molino il canale Consorziale di Mischia è servente e non dominante, la denunciata sentenza rispose esaurientemente, quando osservò che, pure ammettendo una tale servitù, l'esercizio della medesima non doveva paralizzare l'altra stabilita per gli spurghi e le riparazioni occorrenti al detto canale, tornandone perfettamente compatibile la coesistenza. E siccome ciò vuol dire che il passaggio libero lungo il canale per vigilare la condotta delle acque da parte del Consorzio non poteva recare impedimento all'uso delle acque del canale stesso per parte del Ticozzi, così è chiaro e manifesto che non vi è alcuna violazione degli art. 625, 642, e 639 indicati in questo secondo mezzo.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

10 maggio 1907 n. 406

Baudana *Pres.* — Palladino *Est.*

Fioretti (avv. *L. Pasqualini*) contro Mattioli (avv. *G. Iermini*).

Per constatare la notorietà dello spoglio (articolo 696 Cod. civile) il pretore, pur essendo dispensato dall'osservanza delle norme procedurali comuni, deve assumere i mezzi probatori o le informazioni in contradittorio del convenuto, la cui citazione deve essere premessa, con facoltà al convenuto di produrre la sua riprova (1).

---

(1) « L'art. 696 del Codice civile, dice in proposito « il MORTARA, sembra permettere per l'azione in « reintegrazione un procedimento speciale sommarissimo con la frase: *la reintegrazione deve ordinarsi dal giudice, premessa la citazione dell'altra « parte, sulla semplice notorietà del fatto, senza altazione e con la maggior celerità di procedura.* « Queste ultime parole non segnalano però veruna

La Corte ecc. — Osserva che la sentenza impugnata ritenne di poter giustificare il pronunciato del pretore, che provvide sull'azione di spoglio spiegata dal Mattioli in base alle informazioni date da quattro persone da costui presentate all'udienza, ed invocò a tale effetto l'art. 696 Cod. civ., che dispone doversi ordinare la reintegrazione sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e con la maggiore celerità di procedura.

Ora, se la notorietà del fatto è la condizione per cui la legge dispensa il pretore dall'osservanza delle norme procedurali comuni nella materia delle prove, non lo dispensa, del pari, dal ricercare l'esistenza della notorietà stessa.

Se il Tribunale, anzichè dissertare genericamente sulla disposizione di legge, avesse con maggiore ponderazione atteso alla specialità della causa, avrebbe avuto fondata ragione di dubitare se il pretore, che per giudicare ebbe bisogno di assumere le informazioni delle quattro persone prodotte dall'attore, abbia giudicato sulla semplice notorietà del fatto, e se la necessità di tali informazioni non si risolva nell'assenza della notorietà, costituita dalla pubblica conoscenza del fatto, e non dalle notizie possedute da un ristretto numero di persone, tanto più che, non essendo state specificate dal Mattioli nel verbale di udienza le circostanze di fatto riferibili a ciascuna persona; rimanevano incerte le fonti della notorietà, ben potendo essere avvenuto, per esempio, che sull'estremo della clandestinità la notorietà siasi ridotta alla notizia di una sola delle quattro persone.

Ma ad ogni modo, e quando si voglia riconoscere al giudice un potere discrezionale nella scelta dei mezzi probatori per constatare la notorietà, dal momento che trattasi di giudizio in contradittorio col convenuto, la cui citazione deve essere premessa, non si può esitare nell'ammettere che egli ha il diritto di concorrere con la sua assistenza alla formazione delle prove, da cui sia per risultare la notorietà.

Si è voluto dal legislatore, nell'intento di più prontamente far cessare uno stato di cose che perturba l'ordine pubblico, che il provvedimento giudiziario segua senza dilazione e con la maggiore celerità della procedura. Ma *ne quid nimis*.

Celerità della procedura non può significare abolizione delle formalità fondamentali del giudizio, e non vi è incompatibilità tra l'adattamento razionale di queste formalità, rimesso al discernimento del giudice in modo da conciliare la rapida spedizione dell'azione esperita con la tutela dei diritti del convenuto, come non lo era nella specie, nella

---

« deroga dal rito ordinario; e devono essere interpretate nel senso che tutte le abbreviazioni di termini e le semplificazioni di forma conciliabili con l'osservanza di tal rito siano doverose pel magistrato quando ne sia richiesto, ma non si può andare più oltre ». *Commentario*, II, n. 126, p. 187, 2.a edizione.

E questa è senza dubbio l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza (Cfr. MATTIROLO, I, n. 274 nota 4, 5.a ediz. — e gli scrittori e sentenze ivi citati). Però come sia difficile conciliare una tale interpretazione col testo della legge e colle esigenze della pratica lo dice la contraddizione in cui è caduta la sentenza che annotiamo quando cita l'art. 51, che fa il caso d'informazioni da assumersi dall'autorità giudiziaria *senza contradittorio*, per poi suggerire che a tale atto dovesse assistere l'altra parte.

E qui appunto è dove si è agitata e si agita tuttavia la questione e cioè, se parlando la legge di *semplice notorietà del fatto*, basti esibire come prova un atto di notorietà, e in base a tale atto debba il Pretore ordinare senz'altro la reintegrazione dello spogliato. Dal passo che abbiamo citato sembra che il Mortara, malgrado quanto dice appresso in proposito della *notorietà*, esiga assolutamente che si svolga il contradittorio e questo è pure il concetto della sentenza della nostra Corte: però si dovrà convenire che, data una tale interpretazione della legge, non si capisce più che cosa significhi il dire che la reintegrazione deve ordinarsi *sulla semplice notorietà del fatto*, come anche non si capisce più in che possa consistere *la maggior celerità di procedura*, dal momento che l'autore dello spoglio ha a sua disposizione tutti i mezzi che la nostra procedura gli offre a josa per prolungare il giudizio a suo beneplacito e mantenersi serenamente nel possesso del fondo usurpato per mesi ed anni, come pur troppo frequentemente accade, ridendosi del canonico — *spoliatus ante omnia restituendus* — che altrettanto serenamente si continua a citare dai commentatori, mentre poi la reintegrazione arriva colla vettura di Negri.

E' difetto della legge o errore dell'interprete? Ai posteri l'ardua sentenza.

Cfr. Cass. Roma 2 luglio 1890, *Foro ital.* 1890, 1, 857; Cass. Torino 10 novembre 1883, *id.* 1884, 1, 160; VITALI, in *Gazz. legale*, 1882, 361; RICCI, *Corso di diritto civile*, vol. V, n. 111; ecc.

quale la celerità della procedura non sarebbe stata compromessa, se, in analogia di quanto prescrive l'art. 51 Cod. proc. civ., si fosse redatto verbale delle informazioni assunte, e se si fosse permesso al ricorrente di assistere quanto meno all'assunzione delle persone proposte per informare; e quando si pone mente all'intervallo corso tra l'udienza di comparizione e la prolazione della sentenza, si può bene considerare che ai fini della celerità non avrebbe nociuto se con la stessa sobrietà di forme, permessa all'attore, si fosse nell'intervallo concesso al convenuto di produrre la sua riprova.

La sentenza impugnata ha interpretato ed applicato l'art. 696 Cod. civile con lo stesso concetto che poteva essere giustificato sotto l'impero di precedenti leggi, che, autorizzando di provvedere alla reintegrazione *senza processo*, facevano supporre che a tale giudizio fossero estranee le regolari forme processuali, e sotto l'influenza di questo concetto ha avvisato aver potuto legittimamente il primo giudice assumere informazioni in assenza del convenuto Fioretti, e prescindere dall'osservanza delle forme, per le quali egli protestava quando negava gli estremi di fatto, che coincidevano con gli estremi dell'azione spiegata.

Ma un siffatto concetto non è quello della riferita disposizione di legge, improntata ad un sistema diverso pel quale, imposta la preventiva citazione dell'altra parte, si è voluto che le principali formalità dei giudizi fossero osservate anche nella reintegrazione, a cominciare da quelle scritte negli articoli 35 e 38 Cod. proc. civ., in modo che il provvedimento del giudice sia il risultato del convincimento formatosi sugli elementi raccolti in contraditorio ed in seguito alla loro discussione.

Giuste pertanto furono le censure mosse contro la sentenza del Tribunale di Spoleto, la quale in accoglimento del terzo mezzo deve essere posta nel nulla, dando modo al magistrato di rinvio di prendere in nuovo esame la causa, tanto per quanto attiene agli estremi dell'azione di spoglio, su cui versano i primi due mezzi che il Supremo Collegio si è dispensato di esaminare, quanto in ordine ai vizi processuali denunciati col mezzo discusso ed accolto.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

15 maggio 1907 n. 435

Pagano *Pres.* — Niutta *Est.*

Montani (avv. *P. Grippo* e *C. Baudana-Vaccolini*) contro Montani (avv. *V. Scialoia* e *L. Busatti*).

Quando il testamento segreto sia stato scritto da un terzo non è necessario che la sottoscrizione di ciascun mezzo foglio venga apposta dal testatore in fine della seconda facciata del mezzo foglio, ma basta che essa trovisi in margine della parte anteriore del foglio suddetto (1).

L'ultimo mezzo foglio basta che contenga la sottoscrizione finale del testatore a chiusa del testamento (2).

La Corte ecc. — Osserva che col primo motivo la ricorrente addebita alla Corte di merito la violazione delle disposizioni contenute nell'art. 782 Cod. civ. riguardo a testamenti segreti, per avere ritenuto che quando, come accade nella specie, il testamento sia stato scritto da un terzo, non sia necessario che la sottoscrizione di ciascun mezzo foglio venga apposta in fine dello scritto con cui termina la seconda facciata del mezzo foglio, ma basta che essa trovisi in margine della parte anteriore dello stesso mezzo foglio.

Che sostiene eziandio la ricorrente di avere del pari errato la Corte nel ritenere che l'ultimo mezzo foglio in cui termina l'intera di-

(1-2) Le massime sono giuste, ma avrebbero avuto maggior efficacia, se la Corte avesse accennato alla ragione vera della legge, che è quella d'impedire le sostituzioni ed i cambiamenti delle disposizioni testamentarie. Con ciò si rende manifesto, meglio che colla disquisizione sul valore filologico della parola *sottoscritto*, perchè non importi e non possa importare nullità il fatto che il mezzo foglio sia firmato in margine piuttosto che sotto le righe e perchè nell'ultimo mezzo foglio basti la firma finale del testatore. V. VITALI *Del testamento segreto*. Piacenza 1885; TORTORI. *Il mezzo foglio del testamento segreto*, Padova 1894; Trib. civ. Fermo 29 giugno 1904, *Corte Ancona* 1904, 430.

sposizione testamentaria non debba avere altra sottoscrizione che quella finale.

Che a dimostrare la prima censura si è creduto di potere addurre come principale argomento la locuzione dell'art. 782, dappoichè dicendosi nel medesimo che, se il testamento è scritto da un terzo, deve inoltre essere sottoscritto dal testatore in ciascun mezzo foglio, sembra alla ricorrente che colla parola *sottoscritto* siasi voluto indicare che la sottoscrizione apposta in margine sia della prima, sia della seconda facciata, non risponderebbe al precetto della legge.

Che un simile argomento debbesi ritenere privo di qualsiasi importanza, essendo esso fondato unicamente sulla origine etimologica dei vocaboli *sottoscrizione* e *sottoscritto*, i quali, al pari di tanti altri vocaboli, non vanno intesi secondo il significato primitivo che comporta la loro etimologia, ma secondo il senso che viene ad essi attribuito nell'uso generale della lingua scritta e parlata.

Che nell'uso comune le parole *sottoscrizione* e *sottoscrivere* valgono quanto quelle di *firma* e *firmare*, le quali, sebbene frequentemente adoperate nel linguaggio volgare, non sono mai usate nel Codice civile.

Che la parola *sottoscritto* nell'art. 782 non può avere altro senso se non quello generico di scrittura del proprio nome, da farsi dallo stesso testatore come segno e dimostrazione della persistente sua volontà di mantenere le fatte disposizioni; e vien ciò reso manifesto da quanto il legislatore ha avuto cura di dichiarare nell'ultimo capoverso dell'articolo 775, nel quale, dopo di aver detto che il testamento olografo deve essere scritto, datato e sottoscritto di mano del testatore, ha inoltre espressamente aggiunto di dovere la sottoscrizione essere apposta alla fine della disposizione.

Che simile aggiunta sarebbe stata al tutto superflua dopo essersi dichiarato che il testamento doveva essere sottoscritto, se a questo vocabolo *sottoscritto* si avesse da attribuire, nell'uso fattone dalla legge, il significato di firma da apporsi necessariamente alla fine dell'atto, cioè sotto il medesimo.

Che d'altra parte, guardando l'art. 782 nell'intero suo testo, si ha la migliore dimostrazione di non essersi ritenuto necessario che la sottoscrizione dei mezzi fogli debba venire apposta alla fine di essi ovvero sotto lo scritto contenuto nella seconda loro facciata; imperocchè, mentre per la sottoscrizione che chiude il testamento è stato espressamente indicato il luogo in cui deve essere apposta, cioè alla fine della disposizione, nessuna simile indicazione trovasi fatta per la sottoscrizione dei mezzi fogli, ma è detto soltanto di dovere inoltre il testamento essere sottoscritto in ciascun mezzo foglio.

Che passando all'altro argomento addotto dalla ricorrente per dimostrare che solo con la sottoscrizione posta in fine della seconda pagina del mezzo foglio può essere soddisfatto lo scopo per cui essa è richiesta, sarà facile intendere il nessun valore che ha l'allegata ragione di mancare altrimenti la sicurezza che il testatore abbia letto l'intera scrittura contenuta nel mezzo foglio e l'abbia voluta in ogni sua parte confermare.

Che cotesta certezza non si ottiene con la sottoscrizione apposta all'ultimo del mezzo foglio, più di quello che non si ottenga apponendola nel margine dell'una o dell'altra facciata, nulla potendo assicurare che il testatore, coll'aver apposta la firma sotto lo scritto della parte posteriore del mezzo foglio, abbia veramente letto anche la parte anteriore.

Che la firma apposta in margine della prima facciata basta a far presumere di avere il testatore portato la sua attenzione su tutta la scrittura racchiusa nel mezzo foglio; e dove in simile argomento potessero trovar luogo ragioni desunte dalla maggiore o minore probabilità e verosimiglianza dei casi che possono occorrere, sarebbe da escludere come assai inverosimile la ipotesi che il testatore avesse limitato la sua lettura alla prima facciata apponendo in essa la propria firma, senza curarsi di leggere la seconda, quando è invece assai più facile ad accadere che egli, firmando in piena fiducia il mezzo foglio là dove esso finisce, abbia del tutto trascurato di leggerlo.

Che la legge coll'ingiungere per il testamento segreto scritto da altra persona che, oltre la sottoscrizione finale, debba essere sottoscritto in ciascun mezzo foglio, non ha potuto avere l'intendimento, impossibile ad ottenere anche con quella cautela, di eliminare ogni pericolo di frode e di stabilire la certezza assoluta di essere stata ogni riga del testamento letta e riveduta dal testatore, ma ha voluto, col prescrivere una ulteriore formalità, inculcare allo stesso testatore di leggere e riscontrare quanto è stato scritto dalle persone in cui ha riposto la sua fiducia, fa-

cendogli obbligo di lasciare nel medesimo testamento un segno visibile di cotesto suo atto di revisione e di riscontro, mediante la firma apposta in ciascun mezzo foglio.

Che in qualunque luogo del mezzo foglio vengano a trovarsi queste sottoscrizioni, esse valgono a far presumere che il voto della legge è stato adempiuto, e trattandosi di formalità destinate a stabilire una mera presunzione, non è lecito pretendere che siano eseguite nei loro particolari più nell'uno che nell'altro modo, quando manca in proposito una positiva sanzione, la cui inosservanza possa condurre alla conseguenza della nullità dell'atto.

Che, per dimostrare il contrario assunto, dalla ricorrente si è creduto di potere invocare alcune proposte che furono fatte nelle discussioni avvenute intorno alle riforme da apportarsi al Codice Albertino, avendo qualche magistratura accennato alla convenienza di stabilire che la sottoscrizione dei mezzi fogli avvenisse *appiè* di ogni pagina; senonchè il non aver avuto alcun seguito quella proposta e l'esser stata riprodotta nell'art. 782 la locuzione stessa del Codice Albertino, servono a dimostrare di non essersi voluto modificare il concetto risultante dalla espressione *sottoscritta in ciascun mezzo foglio*, sostituendovi altre espressioni che importassero di dovere la sottoscrizione dei mezzi fogli eseguirsi a piedi o sotto della seconda pagina, anzichè in altro qualsiasi luogo del mezzo foglio.

Che ancor meno sussistente di quella testè esaminata è l'altra violazione dello stesso articolo 782, per aver la Corte ritenuto non necessaria altra firma o sottoscrizione in quello dei mezzi fogli in cui trovasi la sottoscrizione finale.

Che sta in fatto di essere composto il testamento in questione di un solo foglio di carta, di cui le tre prime pagine sono scritte per intero, e l'ultima non ha che venti righi di scritto, a cui fa seguito la sottoscrizione che chiude l'intero atto.

Che, recando il primo mezzo foglio la sottoscrizione marginale nella prima sua facciata, non occorreva che fosse questa ripetuta anche nel secondo mezzo foglio, quando appunto nella parte posteriore di esso veniva a cadere la sottoscrizione di tutto il testamento.

Che se l'art. 782 stabilisce di dovere il testamento segreto quando è scritto da altra persona, essere *inoltre* sottoscritto dal testatore in ciascun mezzo foglio, l'avverbio *inoltre* non può riferirsi se non ai mezzi fogli diversi da quello in cui, a chiusura e suggello della intera disposizione, il testatore apponga la sottoscrizione finale, valendo questa per fermo ad autenticare anche ciò che è scritto nel mezzo foglio in cui essa trovasi.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

18 maggio 1907, n. 440

Baudana *Pres.* — Coletti *Est.*

Censi (avv. *G. Merlino*) contro Caetani (avv. *S. Lupacchioli*).

Quando in un contratto di fitto trovasi stabilito che l'estensione del fondo sarà determinata mediante la misurazione da farsi in seguito, l'azione dell'affittuario, diretta a conseguire una riduzione di fitto per minore estensione di terreno, è soggetta alla prescrizionale annale, che decorre dal giorno in cui la misurazione è realmente avvenuta (1).

Il parziale pagamento del fitto ed in genere il parziale adempimento del relativo contratto non preclude la via al creditore di chiedere, in una al pagamento del residuo, la risoluzione del contratto medesimo (2).

Colui che ha iniziato il procedimento, di cui all'art. 473 cod. proc. civile, per correggere

---

(1-2) La sentenza Piancastelli, di cui parla la Corte, è stata riportata in questa Raccolta a p. 10 del 1905.

Se l'azione *quanti minoris* sia proponibile dopo scaduto l'anno nei casi in cui la misurazione del fondo locato fu fatta posteriormente all'affitto e il prezzo fu stabilito a un tanto la misura, è questione che non fu sempre risoluta negativamente come nella presente sentenza (V. contra App. Modena 22 nov. 1904, *Annali* 1904, 402; App. Trani 23 maggio 1899, *Riv. giur. Trani* 1899, 573). Fu sempre però giudicato non trovare applicazione la massima *temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*; sicchè, decorso l'anno, non si ha più diritto a chiedere la riduzione nè in via d'azione nè in via d'eccezione. Si ritiene però che se fra le parti fu con-

un errore materiale intervenuto in una sentenza, può, se la sentenza è appellata dall'avversario, rinunziare a cotesto procedimento facendo valere le ragioni di rettifica innanzi al giudice di appello (3).

La Corte, ecc. — Osserva che nessuno dei mezzi dedotti a fondamento del ricorso sia meritevole di essere accolto.

Che col primo mezzo la ricorrente sostenga la non applicabilità alla specie del termine di un anno a chiedere la diminuzione del canone locativo ai sensi dello art. 1614 cod. civ. in relazione al 1478, essendochè, come la ricorrente assume, la estensione del fondo non è indicata nel contratto tra il Duca Caetani e il Blasi, ma è rimessa alla misurazione da eseguirsi da un terzo.

Che la denunciata sentenza per andare in contrario avviso abbia premesso come elementi di fatto che con la scrittura fu pattuito che l'ammontare complessivo della annua corrisposta doveva essere determinato dalla misurazione dell'immobile locato da eseguirsi dall'agronomo di casa Caetani, che a tale misurazione effettivamente si addivenne nel 30 settembre 1897 (tre mesi dopo il contratto) e che dal verbale relativo risultava come la tenuta fosse della superficie di ettari 382,71,95 pari a rubbia romane 207 e quartucci 372; epperò moltiplicate queste per trentacinque davano lire 7246.90, dalle quali detratto il cennato pagamento di L. 6900 rimane appunto il residuo di L. 346.90.

Che da cotesti elementi di fatto e con fondamento di ragione abbia la sentenza tratta l'applicabilità degli articoli 1478 e 1614 cod. civile, e la conseguente decadenza del conduttore a domandare la riduzione del canone locatizio per l'asserta differenza di dieci rubbia in meno di estensione del terreno, tra quella indicata dal verbale 30 settembre 1897 e la estensione reale ed effettiva, essendo trascorso il termine di un anno.

Che per fermo l'art. 1614 disponga « se in un contratto d'affitto si dà ai fondi una maggiore o minore estensione di quella che realmente hanno, non si fa luogo alla diminuzione o all'aumento del fitto, che nei casi, nel termine e secondo le regole spiegate nel titolo: *Della vendita* ».

E per l'art. 1478, posto sotto il titolo: *Della vendita*, le azioni per il supplemento e per diminuzione di prezzo debbono proporsi nel termine di un anno dal giorno del contratto, sotto pena della perdita delle rispettive ragioni.

Ora, posto quello che la Corte di appello, con sovrano apprezzamento, riconosce cioè che col verbale 30 settem. 1897 fu concretata la misurazione del fondo in corrispondenza al patto della scrittura, in forza del quale il corrispettivo dell'affitto fissato in L. 35 per ogni rubbio di terreno doveva essere determinato nella totalità, in ragione della sua estensione complessiva, e che quel verbale, conformemente all'avviso del Tribunale, era complemento della scrittura, non potevasi sfuggire dalla logica conseguenza, che pur fosse conforme a verità che all'immobile locato fu per errore attribuita estensione maggiore di quella effettiva, e debbesi pur riconoscere, come ha riconosciuto la denunziata sentenza con sana applicazione della legge, che il termine di un anno per il Blasi a sperimentare l'azione di riduzione era scaduto, ed esso era incorso nella perdita delle sue ragioni.

E non ha valore l'obbietto, che, non essendo nella scrittura indicata la estensione del fondo, mancherebbe il *dies a quo*, dal quale il termine di un anno doveva incominciare, dappoichè, completandosi col verbale di consegna e con la misurazione del fondo locato la scrittura, evidentemente il *dies a quo* era la data del verbale di misurazione, che è del 30 settembre 1897 ben noto al Blasi, essendovi intervenuto ed avendolo per di più firmato.

Invano la ricorrente, a sostegno della sua eccezione di non applicabilità degli articoli

---

venuto un maggior tempo la convenzione debba rispettarsi. V. FUBINI, *Delle locaz. immobil.* n. 198.

Che la parziale inadempienza dell'obbligazione principale del conduttore di pagare il fitto dia al locatore il diritto di chiedere, oltre il pagamento del residuo, anche la risoluzione del contratto, è principio ovvio; nei casi però in cui si tratti di un residuo minimo e per giunta controverso, il magistrato farà bene a non dimenticare che l'articolo 1165 del Cod. civ. lo autorizza, secondo le circostanze, a concedere al conduttore una dilazione per purgare la mora.

(3) V. in questo senso: Cass. Napoli 1 dicem. 1898 (*Legge* 1899, 1, 373), Cass. Palermo 12 agosto 1899 (*Procedura* 1899, 684), A. Genova 21 giugno 1904 (*Temi gen.* 1904, 597) e infine A. Roma 9 marzo 1905, in questa Raccolta 1905, 218. Cfr. MATTIROLO, 5.a ediz., IV, n. 98.

succitati, ricorda la sentenza di questo Supremo Collegio pronunziata il 25 settembre. 1904 nella causa Piancastelli. La specie di quella causa è diversa dalla causa attuale. Nella causa Piancastelli trattavasi di vendita di un immobile fatta a misura, e non a corpo, e la misura era indicata allo scopo (come nella specie) di stabilire un prezzo unico in ragione di un tanto per ogni misura. Ma allora era non dubbia la inapplicabilità della breve prescrizione di un anno, perchè mentre gli articoli 1473, 1474 e 1478 contemplano il caso della vendita perfetta coll'indicazione del prezzo ad un tanto per misura, di guisa che il contratto abbia la indicazione certa e positiva della quantità, in fatto in quella fattispecie non avevasi la detta indicazione certa e positiva mancando essa nel contratto e non essendosi in seguito proceduto alla misurazione.

Nel caso del Blasi per contro, a complemento della scrittura intervenne, a tre mesi di intervallo, il verbale di consegna e la misurazione, la quale, contenendo la indicazione positiva e certa della quantità del terreno, serviva a determinare eziandio l'annua corrisposta dovuta dal conduttore, commisurata ad un tanto per misura.

Che insussistente sia del pari la censura pure accennata col primo mezzo di essere la Corte caduta in contraddizione coll'ammettere prima a favore del Blasi la possibilità dell'azione per ripetere l'indebito pagato sugli estagli e poi col negare la stessa ragione.

Insussistente, perchè all'azione di indebito la Corte accenna nel punto ove ragiona sulla convalida del sequestro conservativo, e per dimostrare il fondamento di quella misura, constatata la esistenza del credito del Duca Caetani verso il Blasi per pensioni di affitto, ne conchiude che nel 26 maggio 1905 il Blasi era tuttavia debitore del Caetani per fitti « anche volendo tener conto per poco della pretesa compensazione dei fitti per l'erronea misurazione ». Era adunque una semplice *ipotesi* che la Corte faceva per dimostrare sempre più l'esistenza del debito, ma non riconosceva a favore del Blasi alcuna possibilità di azione per l'indebito, onde potesse sussistere la male allegata contradizione, sulla questione principale, se il Blasi era o no decaduto dal diritto di chiedere la diminuzione della corrisposta locatizia.

Osserva che col secondo mezzo la ricorrente deduce che in ogni caso non potevasi pronunciare la risoluzione del contratto di affitto per la poca differenza tra la somma pagata e quella che avrebbe effettivamente dovuto pagarsi, e che doveva tenersi conto dell'errore del Blasi scusabile.

Che questo era un argomento da trattarsi (e non fu trattato) avanti il Magistrato del merito, e tardivamente lo si deduce in Corte di Cassazione, la quale non può occuparsi di eccezioni proposte qui la prima volta, o la cui risoluzione dipende da questioni di fatto e non di diritto.

Osserva che il terzo mezzo abbia per obbietto la mancata motivazione sulla concausa relativa alla risolta locazione, costituita la concausa dallo inadempimento da parte del locatore ai patti contrattuali sulla *staccionata, cioccatura e spianamento* del fondo, e sulla condanna del Blasi ai relativi danni, accogliendo la sentenza su questi argomenti l'appello incidentale del Duca Caetani, e la mancata motivazione consisterebbe nel non avere la Corte affermato che il Blasi venne meno ai detti patti contrattuali, e nel non avere razionalmente stabilito la esistenza del danno ed il suo ammontare in L. 3390, accettando *sic et simpliciter* la cifra indicata dal perito.

Che amendue gli appunti non siano fondati. Non il primo, perchè la Corte, premesso che « il Caetani coll'appello incidentale sostiene, che i danni arrecati alla tenuta col cattivo stato delle *staccionate, la mancanza della cioccatura e spianamento* si sarebbero dovuti tener presenti sia come ragione di risoluzione del contratto oltre quello del mancato pagamento del fitto, sia come ragione di risarcimento, soggiunge che la lagnanza si ravvisa giusta, giacchè il Blasi, oltre l'obbligo espressamente stipulato in rapporto alle *staccionate* ed ai lavori di *cioccatura*, aveva altresì quello comune a tutti i conduttori, di servirsi della cosa da buon padre di famiglia e trattandosi di fondo rustico di non trascurarne la coltura ».

Ora questa non può negarsi che sia motivazione, quantunque succinta, completa ed esauriente. Ben vero che la Corte non afferma in modo esplicito che il Blasi mancò a cotesti obblighi, che gli incombevano sì per patto che per la legge, ma la affermazione è evidentemente implicita e scaturisce logica e necessaria dalla premessa che «la lamentanza del Duca Caetani era giusta »; e tale certo non sarebbe stata affermata se la Corte per avven-

tura avesse avuto dubbi sullo inadempimento del Blasi alle sue obbligazioni. Non il secondo. La Corte, in rapporto allo avere il Blasi mancato come conduttore ai suoi doveri, fa capo alla perizia, e riconosce in base alla medesima i mancamenti commessi dal Blasi, specialmente dal perito accertati e valutati, e da detti mancamenti trae la conseguenza giuridica a pronunziare, anche per questo, la risoluzione del contratto e la emenda del danno, sebbene il perito, dando il giudizio morale sulle condizioni dell'affitto, richiesto dal conduttore avesse soggiunto che il « terreno era lavorato bene », imperocchè, come giustamente osserva la Corte, tale giudizio, genericamente favorevole, non poteva invocarsi ad eliminare le particolari infrazioni riscontrate esistenti in riguardo alle *staccionate, cioccature e spianamento*. Nè in fine lo addebito sussiste sul *quantum* del danno. Il perito lo valutò in lire 3390 ed avendo la Corte accolto anche al riguardo il giudizio peritale era superfluo aggiungere altro, posto che nella relazione del perito, accolta dalla Corte, erano indicate le ragioni per le quali il danno fu valutato in quella cifra, e non avendo il Blasi impugnata la esattezza della fatta valutazione. Osserva che col quarto mezzo si sostenga che, avendo il Duca Caetani accettato il pagamento di lire 5246, non poteva più pretendere la risoluzione del contratto di affitto per l'omesso pagamento di sole lire 346, a carico del Blasi, che era in buona fede.

Che gli articoli 1165, 1166 e 1246 Cod. civile, che col mezzo si pretendono violati veramente non vi hanno nulla che vedere.

Che ad ogni modo il parziale pagamento, che il creditore riceva e la dilazione che può accordare al debitore per il residuo non tolgono al primo la qualità di creditore ed al secondo quella di debitore e al creditore non precludono il diritto di ottenere il pagamento del residuo e di trarre dal mancato adempimento le giuridiche conseguenze che la convenzione e la legge riconoscono a favor del creditore, e, se il credito ha causa da contratto di locazione, di domandare insieme al pagamento la risoluzione del contratto.

Osserva, sul quinto mezzo, che il Tribunale di Velletri sulla domanda di convalida del sequestro, sebbene nella motivazione della sentenza avesse dichiarato che la convalida doveva pronunciarsi, nel dispositivo poi omise di provvedervi. Il Duca citò la controparte avanti lo stesso Tribunale per la correzione della sentenza ai sensi dell'articolo 473 Cod. di proc. civ. Ma avendo nel frattempo il Blasi prodotto appello contro la sentenza stessa, il Duca, prima che il Tribunale provvedesse alla correzione, rinunciò alla domanda relativa, ed in sua vece ne fece motivo di appello avanti la Corte.

Che la ricorrente ora sostenga che la Corte violò gli art. 465 e 473; l'art. 465 non riguarda punto la fattispecie e non si comprende come avesse potuto essere violato e l'art. 473, dichiarando che non è *necessario* alcuno dei mezzi indicati dall'art. 465 per fare emendare nelle sentenze omissioni ed errori che non ne producono la nullità, non esclude che si possa, al fine di emendare coteste omissioni ed errori, ricorrere ai mezzi ordinari o straordinari menzionati nell'articolo 465, e nulla si oppone che la parte possa rinunciare a un rimedio facoltativo, specie se non vi si è per anco provveduto, se è lecito rinunciare ad una sentenza, come si può anche rinunciare a qualsiasi diritto.

Osserva che il sesto mezzo riguarda il sequestro. Vi si rimprovera la Corte di aver confuso l'urgenza del sequestro col pericolo di perdere le garantie del credito, e di avere erroneamente ritenuto che la causa era pendente avanti la Corte. Si rimprovera inoltre la Corte di non aver motivato sull'estremo del pericolo, e sulla speciale deduzione presentata dal Blasi avanti il Tribunale per la eccepita incompetenza del Pretore di Vellerti a permettere il sequestro presso il terzo Manfoli, essendo questi domiciliato e residente in altro Mandamento.

Che dalla sentenza si scorge che la Corte non incorse in alcuna confusione. La Corte ragiona sulla urgenza in base all'art. 927 cod. di proc. civ. unicamente, ed in vista del ricorso, del decreto del Pretore e del verbale di sequestro riconosce con estimazione sovrana di fatto che « la urgenza ricorreva in tutta la estensione del termine » e se la urgenza ricorreva, anche ammesso quel che la ricorrente sostiene, che la causa trovavasi pendente avanti la Corte, anzichè avanti il Tribunale, la competenza a permettere il sequestro era egualmente del Pretore, come evincesi dal capoverso dell'art. 927, il quale senza limiti di valore e senza distinzione attribuisce al Pretore la facoltà eccezionale di concedere il sequestro nel caso della urgenza.

Che la Corte non mancò d'intrattenersi sullo estremo del pericolo, scrivendo nella sentenza che il Tribunale aveva sul proposito correttamente osservato che «dimostrata la distruzione e vendita delle rendite naturali del fondo, che costituivano la naturale garanzia del creditore, fosse il caso di convalidare il sequestro ».

Che in quanto alla competenza territoriale del Pretore di Velletri, avendo la Corte ritenuto in fatto, che il sequestro doveva eseguirsi nel territorio della detta Pretura, ogni lamentanza in contrario in questa sede non può essere ascoltata, perchè contro la constatazione di fatto incensurabile del magistrato di merito.

Per tali motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

27 maggio 1907 n. 479

Pagano *Pres.* — Riccobono *Est.*

Soria (avv. *P. Grippo* e *S. Coen*) contro **Parisi** (avv. *V. Scialoia* e *L. Cuccia*).

***Al mediatore non iscritto non compete, salvo patto espresso, la speciale provvigione di mediazione, se non provi di esercitare abitualmente e notoriamente la professione di mediatore ed in affari analoghi a quelli per i quali la provvigione è domandata* (1).**

La Corte, ecc. — Considera, sul primo mezzo, che mal si censura il principio, accolto dalla denunziata sentenza, di non aver diritto il mediatore non inscritto alla speciale provvigione, se non provi di esercitare abitualmente la professione di mediatore. Lungi dall'avere, ciò affermando, presupposto nei mediatori liberi una distinzione, non contemplata nella legge, fra quelli che esercitano abitualmente la professione di mediatore e quelli che solo occasionalmente, e anche per una volta sola, abbiano compiuto un'operazione di mediazione, la Corte di merito venne a determinare chi debba ritenersi propriamente per mediatore, con i diritti e gli oneri che a tale qualità vengono dalla legge attribuiti.

Che, invero, come in tesi generica, secondo l'art. 8 cod. comm. non si acquista la qualità di commerciante se non esercitando atti di commercio per professione abituale, così non si acquista la qualità di mediatore se non esercitando operazioni di mediazione anche per professione abituale.

Che l'art. 32 cod. comm. il diritto di mediazione specialmente attribuisce ai mediatori, quasi a voler mettere in evidenza il carattere particolare di tale specie di compenso, che è eminentemente professionale e perciò dovuto soltanto a chi esercita la mediazione per professione abituale. Concorre al riguardo il fondamento stesso di ragione, che ha fatto ritenere abrogata la disposizione dell'art. 66 del codice del 1865 che negava la provvigione ai mediatori non iscritti, e competere, sotto la legislazione vigente, anche a costoro il diritto di mediazione, in quanto cioè l'art. 26 del regolamento abbia proclamato la libertà della professione di mediatore. Evidentemente la dichiarata libertà di tale esercizio, e quindi l'eguaglianza tra mediatori inscritti e mediatori non inscritti, agli effetti della provvigione, è inerente al carattere subbiettivo della qualità delle persone, le quali delle ope-

---

(1) In una sua precedente sentenza riportata in questa Raccolta (1905, 296) la stessa Corte volle riconoscere nella mediazione una *locatio conductio*, in questa al contrario si considera la mediazione come un contratto *sui generis*, da non confondersi nè col mandato nè colla locazione d'opera, e il concetto ci par giusto.

Ma quello che non si capisce — e lo volevamo dire fin da quando pubblicammo in questa nostra Raccolta (anno 1906, pag. 31) la confermata sentenza 16 settembre 1905 dell'A. Roma — è la distinzione fra mediazione compiuta da chi abitualmente eserciti la professione di mediatore e quella a cui abbia dato opera chi non eserciti abitualmente tale professione; e mentre nella prima specie si riconosce un vero e proprio contratto di mediazione si considera invece la seconda come un contratto di locazione d'opera.

Come uno stesso rapporto contrattuale possa mutar specie e natura secondo la qualità delle persone che gli danno vita, è cosa che non arriviamo a comprendere; il variare dell'elemento soggettivo potrà far sì che un contratto abbia secondo i casi carattere civile o commerciale, qualora non sia dalla legge oggettivamente considerato come atto commerciale, ma che per la variazione dei soggetti possa trasfor-

razioni di mediazione facciano la loro abituale professione.

Che pertanto, se è vero che in omaggio alla libertà sancita per la professione di mediatore si riconosce anche al mediatore non inscritto il diritto alla speciale provvigione, è altrettanto vero che soltanto a chi esercita la mediazione per professione abituale codesto speciale compenso per sua natura si ritiene dovuto, mentre a chi non è mediatore di professione non si riconosce che il diritto a retribuzione secondo le regole della locazione d'opera in ragione del suo lavoro.

Considera, sul secondo mezzo, che parimenti infondata è la censura fatta alla sentenza, in quanto avrebbe ritenuto che il mediatore, per aver diritto a provvigione, deve non solo abitualmente, ma anche notoriamente esercitare la sua professione. La Corte, però, oltre all'affermare tale principio della necessità del notorio esercizio, cotesto elemento ritenne necessario nel caso in ispecie con apprezzamenti delle singole circostanze della causa. Se chi esercita una professione diversa da quella di mediatore s'intrometta per la conchiusione di affari fra due parti, le quali ignorino o abbiano motivo d'ignorare che egli esercita anche abitualmente la professione di mediatore, e intanto celi questa sua pretesa qualità, verrebbe a carpire il consenso di un rapporto di mediazione, che dà diritto ad un compenso di indole speciale e che forse, palesandosi, non avrebbe ottenuto. Epperò, disse la Corte, può contro di lui invocarsi la disposizione dello art. 1137 cod. civile, nel dubbio di difetto di consenso dell'altra parte a considerarlo come mediatore con il grave corrispettivo di una speciale provvigione.

Ora, la Corte, se a ciò avesse limitato le sue considerazioni, non avrebbe fatto che applicare alla mediazione le comuni norme di diritto circa gli effetti dei contratti. Ma essa, nel caso concreto, dell'elemento della notorietà specialmente discusse in correlazione all'esame delle peculiari circostanze della causa, avendo accertato in fatto che il Soria non era inscritto come mediatore, che non si presentò in tale qualità al Parisi, che pubblicamente esso Soria esercitava tutt'altra professione che quella di mediatore, e che quindi il Parisi non seppe e non poteva sapere se il Soria, prestando la sua opera, intendeva agire come mediatore, agli effetti di lucrare la speciale provvigione di carattere professionale, e quindi mancò in lui il consenso a vincolarsi in un rapporto di mediazione. Evidentemente in questa parte il giudicato è sorretto da un apprezzamento sopra un rapporto contrattuale e sul concorso del consenso e della buona fede, per ciò stesso incesurabile in cassazione.

Considera, sul terzo mezzo, che il ricorrente, impugnando la proposizione che il mediatore non inscritto, per aver diritto alla provvigione, deve non solo esercitare abitualmente e notoriamente la sua professione, ma esercitarla in affari analoghi a quelli per cui domanda la mediazione, non viene censurando il criterio stabilito dalla Corte: egli semplicemente obbietta che la Corte sia venuta ad ammettere, contrariamente alla legge, l'esistenza di categorie di mediatori specializzati. Ma, ridotta a tali termini, la censura è priva di qualsiasi fondamento. Anzitutto, non è vero che la Corte di merito abbia negato che un mediatore anche libero possa versare la sua attività in generi diversi di affari e per essi pretendere la corrispondente provvigione speciale, se di tutti faccia professione abituale e notoria. Non è poi vero che la legge contrad-

marsi da una specie in un'altra, è cosa che proprio non ci par vera.

Come non ci par vero che, dal momento che il nostro Codice ha spezzato le barriere che limitavano il libero esercizio della mediazione, il compenso dovuto al mediatore debba essere regolato alla stregua dell'abitualità dell'esercizio.

Questa potrà servire per imprimere a coloro, in cui si riscontri, il carattere di mediatore, ma non potrà dar diritto a una diversità di compenso neppure nel caso che si tratti di mediatori regolarmente iscritti nei ruoli; chè anzi il compenso fissato nei ruoli potrà e dovrà servire di misura per tutti i casi simili, poichè l'iscrizione nei ruoli non è vero che costituisca un privilegio, a cui ripugna il principio informativo della nostra legislazione, ma serve unicamente a guadagnare al mediatore la maggior fiducia del pubblico, il quale sa che l'opera sua è garantita dalla cauzione prestata.

La libertà dell'esercizio importa come conseguenza necessaria l'uguaglianza dei compensi.

Per la bibliografia, alle opere già citate nella nota a p. 296, anno 1905 di questa Raccolta si può aggiungere: BOLAFFIO, *Dei tratti caratteristici del rapporto di mediazione*, nel vol. II, per le onoranze al prof. Scialoja.

dica all'esistenza di categorie speciali di mediatori, ma queste si vedono invece esplicitamente ipotizzate dalla legge stessa anche per i mediatori inscritti, e cioè dall'art. 27 del regolamento per l'esecuzione del codice di commercio, che precisamente prescrive come requisito per l'iscrizione dei mediatori l'idoneità all'esercizio della specie di mediazione per la quale è richiesta l'iscrizione nel ruolo, e dal successivo art. 28 in quanto dispone che il ruolo dei mediatori deve indicare la specie della mediazione per la quale ciascuno è iscritto.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

29 maggio 1907 n. 487

Pagano *Pres.* — Corbo *Est.*

Bartolucci ed altri (avv. *G. Guarini*, *A. Quarta* e *A. Fortis*) contro Riganti (avv. *P. Auletta*).

Il testamento mistico o per implicita nuncupazione, ammesso dalla legislazione pontificia, non può ritenersi per atto privato o stragiudiziale agli effetti dell'art. 23 *delle disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile* (1).

Istituito taluno erede con l'obbligo d lla formazione di un fidecommesso, la sostituzione fidecommissaria è nulla, ma l'istituzione in erede rimane pura e semplice (2).

La Corte ecc. — E' rimasto accertato dalla denunciata sentenza, che dal verbale di apertura del testamento di Giuseppe Sassi risultò che il testamento stesso era composto di un foglio di carta da bollo di centesimi novanta, in uso sotto il cessato governo pontificio, ripiegato e cucito all'intorno e sigillato con sette sigilli; che nella pagina esterna era scritto il rogito di consegna sottoscritto dal testatore e da sette testimoni presenti all'atto; e che nelle tre pagine interne trovavansi scritte le disposizioni testamentarie datate e sottoscritte alla fine dal Sassi Giuseppe, dopo aver dichiarato di aver fatto scrivere il testamento da persona di sua fiducia, di averlo letto e riletto attentamente e trovato conforme alla sua volontà.

Riconoscono entrambi i ricorrenti, che il detto testamento fu regolarmente depositato presso un pubblico notaio, e che furono osservate tutte le formalità volute dalla legge in vigore all'epoca della sua formazione; se non che affermano, che la denunciata sentenza doveva applicare alla specie presente l'art. 23 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile, che è così concepito: « I testamenti per *atto privato* o *stra-* « *giudiziale* fatti a norma delle leggi ante-

---

(1) Il testamento *per implicitam nuncupationem*, o, come anche si chiamava, *per relationem ad schedulam* non trovava il suo fondamento nella costituzione *Hac consultissima*, citata dalla sentenza, che secondo la dottrina e la giurisprudenza Rotale si applicava ai testamenti *in scriptis* (BRUNNEMANN, *Comment. in codic.*, Lib. VI, tit. 23, leg. 21; MANZI, *De testam. valido vel inval.*, tit. IV, n. 37; *Pergulana Nullitatis testamenti* 12 Jannarii 1855 coram Serafini n. 8), ma è un portato del diritto intermedio e si fondava sulla teorica di Bartolo *ad legem si scripsero* (DE LUCA, *De testamentis*, disc. 1, n. 3) modificata dalla cautela di Fulgosio (*Consil.* 56), che per accertare l'identità della scheda consigliò di ricorrere al notaio. Ma il concorso del notaio, non necessario nè richiesto *ad solemnitatem*, era soltanto giovevole *ad probationem*. (DE LUCA l. c. disc. 2, n. 6). E malgrado la voluta presenza di sette testimoni non era questo un testamento pubblico, almeno nel senso come questa parola era intesa nel diritto comune, come non era pubblico quello *in scriptis* (BRUNNEMANN l. c.).

Quindi tutta la questione sta nel vedere a quali testamenti abbia voluto alludere il legislatore quando nell'art. 23 delle disposizioni transitorie parla di testamenti privati o stragiudiziali. Ora dalle discussioni della Commissione coordinatrice (*Verbale* n. 58) apparisce che con tale disposizione s'intese colpire i testamenti nuncupativi, ossia proprio quelli che il diritto comune considerava come pubblici.

La soluzione della controversia pertanto a noi pare che stia in ciò che il legislatore ha usato la parola *privato* nel senso che ha nel nostro diritto civile e non già in quello che poteva avere nel diritto comune; ha considerato cioè come privato quel testamento alla cui redazione o confezione non fosse concorsa l'opera del notaio.

E però male si poteva risolvere la questione in base al diritto comune e peggio poi in base al diritto romano puro.

La sentenza della Corte di appello di Roma, in questa causa, può leggersi nella nostra Raccolta, anno 1905, pag. 407.

(2) Massima ovvia e giurisprudenza costante.

« riori, prima dell'attuazione del nuovo Co« dice, non produrranno alcun effetto, se non « sono scritti, datati e sottoscritti di mano « del testatore, ove la successione si apra de« corsi due mesi dalla detta attuazione ». E per giustificare questo loro assunto, che trattasi cioè nel caso in esame di un testamento *privato* soggetto alla sanzione del detto articolo 23, deducono che la scheda testamentaria, essendo separata e distinta dall'atto notarile di consegna, non può assumere mai nè la qualità, nè gli effetti del testamento pubblico.

Ma è evidente come un tale sdoppiamento sia del tutto arbitrario ed antigiuridico; poichè in materia testamentaria le formalità che costituiscono la essenza del testamenti, debbono essere considerate nel loro insieme per determinare la specie, cui i testamenti stessi appartengono.

Nell'ex-Stato pontificio, secondo il *motu-proprio* di Pio VII del 31 maggio 1822 ed il *motu-proprio* di Gregorio XVI del 10 novembre 1834, che si riportavano espressamente al diritto comune, era ammessa la duplice forma di testare, che il nuovo diritto aveva introdotto: cioè il testamento *nuncupativo* che si faceva a viva voce, ed il *mistico* altrimenti detto per *implicita nuncupazione*, che consisteva in una scheda chiusa, scritta dal testatore o da mano aliena, che il testatore stesso presentava e sottoscriveva, dichiarando essere il suo testamento.

Le formalità del testamento mistico sono descritte dalla costituzione di Teodosio e Valentiniano, e dovevano farsi in un solo contesto. Ma fu detto segnatamente, che il testamento intendevasi fatto in un *atto solo*, anche se non fu dettato o scritto nello stesso tempo e giorno in cui fu offerto ai testimoni. *Sed licet alio tempore dictum, scriptumque proferatur testamentum*, L. 21, Cod. *de testament.*

Or, se il testamento di questa seconda specie acquistava il carattere di pubblica autenticità, quando era presentato e depositato presso persone rivestite di pubblica autorità, e quando si erano adempiute tutte le forme prescritte: e se Giuseppe Sassi testò nel 1868 con tale rito solenne, ne consegue che il suo testamento non poteva essere colpito dalla sanzione dell'art. 23 delle disposizioni transitorie; poichè ivi si contemplano esclusivamente i testamenti per atto privato o stragiudiziale, che dalle leggi anteriori erano ritenuti validi, quantunque non fossero scritti, datati e sottoscritti di mano del testatore. E la denunciata sentenza, avendo deciso appunto in questo senso la controversia, non merita quindi le censure contenute più specialmente nel primo mezzo del ricorso del Bartolucci.

Attesochè neppure si reggono le censure, di cui agli altri mezzi dei due ricorsi, circa la sostanza della disposizione testamentaria, la cui inefficacia avrebbe dovuto portare, secondo i ricorrenti, all'apertura della successione legittima. Imperocchè la Corte di merito interpretando il testamento di Giuseppe Sassi, si convinse che il medesimo conteneva la istituzione formale dell'erede in persona di Francesco Sassi gravata dall'obbligo o condizione di depurare il patrimonio da ogni debito, e d'istituire il fidecommesso nel termine di quattro anni, chiamando al godimento anche sè stesso.

Posto questo insindacabile apprezzamento ed essendosi la successione del Sassi aperta sotto l'impero del vigente Codice civile, ne conseguiva logicamente che, vietata dall'articolo 899 dello stesso Codice qualsiasi sostituzione fidecommissaria, l'eredità rimaneva devoluta allo erede istituito; poichè il successivo articolo 900 dice espressamente, che la nullità della sostituzione fidecommissaria non reca pregiudizio alla validità dell'istituzione di erede, a cui è aggiunta.

E si rende poi inutile il ricercare nella specie quale fu la *causa* della fondazione, e se l'obbligo imposto all'erede debba considerarsi un *modus*, o piuttosto una *condizione*: poichè, essendosi nei citati articoli genericamente dichiarato che qualsivoglia espressione che importi l'obbligo di conservare e restituire, importi sostituzione fidecommissaria, e che la nullità della medesima non pregiudichi l'instituzione di erede, ne consegue sempre che, qualunque sia la natura giuridica dell'obbligo, l'eredità rimane *ope legis* consolidata nell'erede istituito.

Attesochè sia del pari insussistente l'accusa di difetto di motivazione, poichè l'impugnata sentenza ha svolto invece ampiamente il sopra riassunto concetto relativo alla questione di merito.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

1. giugno 1907 n. 491

Pagano *Pres.* — Palladino *Est.*

Società Alti Forni di Terni (avv. *V. Rolandi-Ricci* e *G. Gerra*) contro Seganti (avv. *F. Nevi*).

Se il conduttore dell'opera, dopo aver genericamente concordato col locatore di trasferirlo in luogo diverso, non lo diffida a raggiungere la nuova sede, ma lo licenzia, la competenza territoriale a conoscere dell'azione di risarcimento dei danni intentata dal locatore è del giudice del luogo, ove sino allora l'opera fu prestata (1).

L'art. 91 Cod. proc. civile contempla sia le azioni dirette a conseguire l'esecuzione dell'obbligazione, sia tutte le altre che dal rapporto contrattuale dipendono, come è quella, ad esempio, per il risarcimento dei danni in conseguenza dell'inadempimento del contratto (2).

La Corte ecc. — Osserva sul primo mezzo che il fondamento della semplice censura, con esso rivolta alla sentenza impugnata, risiede nel fallace supposto che, in forza della lettera 17 ottobre 1904 e dell'accettazione di Seganti, il luogo contrattuale fosse stato già modificato, e Roma sostituita a Terni per l'esecuzione del contratto. Ma la Corte di merito negò che tale sostituzione fino al giorno del licenziamento del Seganti sia avvenuta, poichè ritenne coll'esame e con l'apprezzamento della lettera suindicata che la sostituzione del luogo contrattuale dovesse essere l'effetto di due manifestazioni distinte: l'una da parte del Seganti mediante l'accettazione del trasloco, l'altra da parte della società ricorrente mediante la designazione del giorno in cui il Seganti avrebbe dovuto cessare dal prestare l'opera sua a Terni, e continuare ad eseguire il contratto di locazione nella nuova residenza precomunicatagli di Roma; e ritenne pure che l'esistenza di questa seconda manifestazione, dell'invito cioè della società al Seganti di eseguirla nella nuova residenza, prima del giorno del licenziamento fosse una ipotesi escogitata dai primi giudici, ma non corrispondente alla realtà perchè negli atti non ne riscontrò prova alcuna.

Nell'intervallo pertanto tra l'accettazione del trasloco e prima del licenziamento, Terni continuò ad essere il luogo contrattuale per l'esecuzione della locazione d'opera; e non è esatto perciò che la sentenza denunciata abbia dato prevalenza, contro l'accordo già intervenuto tra la società ed il Seganti circa il luogo dove questi avrebbe dovuto continuare a prestare l'opera sua, al fatto che egli quest'opera prestò in Terni dopo l'accettato trasloco, ma trattavasi di un fatto, non già abusivo ed estracontrattuale, ma rappresentativo, ad avviso della Corte di merito, dell'esecuzione di un contratto, in quanto al luogo contrattuale, non ancora cessato. Sicchè dinanzi alla Corte di merito si trovarono in conflitto due convenzioni, che successiva-

---

(1) La questione delineata nella specie è questa: assegnato dal conduttore d'opera un luogo diverso dal primitivo in cui il locatore dovesse fare la sua prestazione, il foro del contratto si dovrà ritenere mutato col fatto dell'accettazione da parte del locatore, o era a ciò necessario che venisse anche indicato il giorno in cui il mutamento doveva avvenire, sì che fino a quel giorno dovesse ritenersi non essere avvenuto alcun mutamento?

Il giudizio della Corte di merito, che ritenne non essere mutato il foro del contratto finchè il locatore d'opera non fosse stato diffidato a raggiungere la sua nuova destinazione, è dalla sentenza che annotiamo dichiarato insindacabile, quasi che si trattasse di un giudizio di fatto o d'apprezzamento.

A noi invece pare che si tratti di una questione di diritto, che la Corte poteva e doveva risolvere.

Infatti il contratto è perfetto col consenso di ambedue le parti, legittimamente manifestato. La Società aveva assegnato al Seganti non più Terni, ma Roma come luogo dove la sua prestazione d'opera dovesse effettuarsi; il Seganti aveva accettato. La designazione del giorno atteneva alla *esecuzione* e non già alla *perfezione* del contratto. L'aver il Seganti continuato a prestare nel frattempo l'opera sua a Terni non poteva influire sul mutamento già avvenuto in forza del reciproco consenso. Era questo un fatto accidentale e transitorio che differiva l'*esecuzione* del contratto, ma nulla toglieva alla sua *perfezione*.

Comunque sia, è certo che questa era una questione di diritto, che la Corte non poteva esimersi dall'esaminare e risolvere.

(2) Sottoscriviamo alla massima. V. in questo senso, MORTARA, *Commentario*, II, n. 175; Cass. Firenze 26 nov. 1903, *Giurispr. ital.* 1903, I, 1, 1198; App. Venezia 15 dic. 1903, ivi 1904, I, 2, 359; Cass. Torino 9 aprile 1904, ivi 1904, I, 1, 1031.

mente intervennero in ordine al luogo contrattuale, e prevalse quella che aveva inizialmente fissato la residenza di Terni come luogo di esecuzione del contratto di locazione d'opera del Seganti all'altra che successivamente stabilì Roma, e che, pel giudizio insindacabile della Corte di merito, non poteva ritenersi eseguibile prima della diffida della società al Seganti di trasferirsi in Roma, diffida che segnava secondo l'intenzione delle parti il momento della sostituzione del luogo contrattuale.

Corretta fu pertanto l'applicazione del capoverso dell'articolo 91 Cod. proc. civ. alla fattispecie per derogare alla regola del *forum rei*, attesa la natura commerciale dell'azione proposta dal Seganti ed essendo il luogo, in cui il suo impiego contrattuale con la società ricorrente dovea avere esecuzione, nell'ambito territoriale del tribunale, riconosciuto competente

Non reggono le minori censure svolte nello stesso primo mezzo, non quella per deficiente motivazione in ordine alla prevalenza data al luogo contrattuale precedente, poichè, dal punto di vista della Corte di merito, essendo la sostituzione subordinata al successivo invito della società al Seganti di trasferirsi nel luogo sostituito, non vi era bisogno di dire niente di più di quello che fu detto nella sentenza impugnata, cioè che tale invito essendo mancato Terni rimaneva ancora e rimase fino al licenziamento come luogo di esecuzione del contratto; neppure quella con la quale si è attribuito alla sentenza medesima d'aver confuso il luogo destinato per alcuni lavori inerenti al contratto col luogo stabilito per l'esecuzione complessiva, bastando a confutarla il riflesso che contraddice alla precedente censura di prevalenza al luogo contrattuale di Terni ed a tutto il sistema difensivo della società, al cui confronto l'ipotesi di un luogo per prestazioni speciali del contratto, non valutabile ai riguardi della competenza, prospetta una novità non discussa in sede di merito, nè discutibile in sede di cassazione.

Osserva sul secondo che, pur prescindendo dal giudizio insindacabile della Corte di merito, che l'oggetto della controversia consisteva nel richiedere alla società la controprestazione per quelle ulteriori prestazioni d'opera che il licenziamento gl'impedì; il che dovrebbe essere per sè solo la più persuasiva giustificazione della corretta applicazione fatta dalla Corte suddetta sott'altro aspetto del ripetuto capoverso dell'articolo 91; e qualora si voglia ravvisarlo come controversia promossa dal Seganti per conseguire il risarcimento dei danni lamentati in conseguenza dell'intimatogli licenziamento, è indubitato che l'azione per tale risarcimento, risolvendosi nel surrogato giuridico a cui deve sottostare chi ha contratto una obbligazione e non l'adempie, ricade nella sessa competenza del magistrato, che è competente a giudicare dell'azione diretta all'esecuzione del contratto. Il contrario concetto, a cui si attenne il ricorso, s'infrange contro il testo della legge, che con la sua parola generica contempla tanto le azioni dirette a conseguire l'esecuzione dell'obbligazione, quanto tutte le altre che dalla stessa traggono origine o ne dipendono, e che, essendo perciò una dipendenza dello stesso patto contrattuale, sono sotto l'influenza della stessa presunzione legale, che è il fondamento della deroga espressa nell'articolo 91, cioè: che siasi accettata la giurisdizione del luogo dell'esecuzione dell'obbligazione per le questioni relative. Per lo stesso ordine di ragioni, per le quali la natura commerciale dell'obbligazione si riverbera sull'azione diretta ad ottenere la rivalsa dei danni nel caso d'inadempimento, la competenza del magistrato a conoscere dell'azione promossa per la conservazione e l'osservanza dell'obbligazione permane per la condizione dell'azione, che si esperisce per ottenere contro l'inadempimento il surrogato dell'obbligazione.

Neppure le censure del secondo mezzo hanno giuridica consistenza e deve concludersi che la sentenza impugnata fece per ogni verso buon governo della disposizione derogatoria del capoverso dell'articolo 91, proclamando per l'azione istituita dal Seganti, per effetto della rottura del suo contratto di locazione di opera, la competenza del tribunale originariamente adito in conformità di quanto concordemente in dottrina e giurisprudenza è ritenuto.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 giugno 1907 n. 521

Pagano *Pres.* — Riccobono *Est.*

Guarnieri-Ventimiglia (avv. *A. Alberti*) contro Ditta Fratelli Bocca (avv. *A. L. Ferreri*).

Non è essenziale al contratto di edizione, e non può sottointendersi se non si stipula in

proposito un patto espresso, il diritto dello autore di accertare il numero degli esemplari stampati di una sua opera con l'apporre ad ogni esemplare la leggenda che « le copie non munite della firma dell'autore si reputano contraffatte » (1).

La Corte, ecc. — Considera che indubbiamente, secondo i termini del contratto, assumendo la edizione dell'opera *I conflitti giuridici* del Guarnieri, la ditta Bocca contrasse l'obbligo, e al tempo stesso acquistò il diritto, di stampare un numero determinato di esemplari e di venderne una parte a proprio profitto, rilasciando l'altra all'autore. Si tratta di un puro e semplice contratto di edizione, per il quale l'autore, rimanendo esclusivo proprietario della sua opera, la consegna all'editore, per curarne la riproduzione e la vendita, limitando però l'edizione a un determinato numero di copie.

E però la indagine della causa consiste nel vedere se in questa specie di contratto l'autore, a fine di accertare che gli esemplari non eccedono il numero pattuito, abbia il potere di sottoscriverli sotto la formula: « le copie non munite della firma dell'autore si reputano contraffatte » e che ciò talmente rientri nel contenuto stesso del diritto spettante all'autore, da costituire condizione essenziale del contratto senza il bisogno di una espressa clausola.

Che, risolvendo negativamente siffatta questione, la denunciata sentenza ha ben giudicato, non avendo alcun pregio la deduzione che, a sostegno delle opposte tesi, pone l'avv. Ventimiglia nel suo ricorso: che cioè l'autore dell'opera sia il vero ed esclusivo proprietario dell'opera stessa; che tale rimane se con il contratto di edizione o altrimenti il diritto di proprietà non abbia in tutto o in parte ceduto; ch'egli pertanto conserva, se non vi abbia rinunziato, il diritto di garanzia, che si esplica con la firma dei singoli esemplari dell'opera; che tale firma di garanzia è abbastanza nota ed osservata da illustri scrittori e consentita da importanti case editrici.

Che invero vanamente all'uopo s'invoca la esclusività del diritto di proprietà dell'opera nell'autore, se non si dimostra che tale diritto necessariamente indica la sua manifestazione con il modo della sottoscrizione degli esemplari, mentre, d'altra parte, tale forma verrebbe a contraddire al libero godimento dell'editore, creando dei vincoli all'esercizio del di costui diritto.

Ma da tale assunto lo stesso ricorrente decampa, quando, meglio chiarendo il suo con-

(1) Fino da quando fu pubblicata la sentenza del Tribunale, che la Corte di cassazione conferma, scrissero sull'argomento il prof. FUBINI nel *Foro italiano* (1906, 1, 1209), l'avv. DI FRANCO nella *Rivista di dir. comm.*, (1906, 2, 566) pronunciandosi contro la sentenza — e il prof. CHIRONI nella *Legge* (1907, 145), l'avv. DINA nel *Consulente commerciale* (1907, 33) in favore. Poscia, sempre in favore, ha scritto una suggestiva e dotta nota il prof. L. BOLAFFO (in *Temi*, anno corr., pag. 518-519). Sarebbe superfluo aggiungere altre parole a quanto fu detto da costoro, tanto più che noi, per verità, fummo i primi (v. questa Raccolta, anno 1906, 144 e 365) a dichiararci subito per la tesi sostenuta dalla Ditta Fratelli Bocca.

Certo, poichè il contratto di edizione non è stato in Italia ancora disciplinato, al punto che rimane tuttavia controverso come debbasi classificare, il magistrato italiano non ha altra uscita che giudicare caso per caso indagando quale sia stata la volontà delle parti. Nondimeno a noi la sentenza del Tribunale, nella fattispecie, come l'altra che ora pubblichiamo, non lascia l'impressione che per esse i diritti dell'autore siano rimasti sacrificati a quelli dell'editore.

D'altronde, *in linea di semplice fatto*, osserviamo che pur il FUBINI, pur il DI FRANCO non hanno mai creduto di avvalersi della clausola, dagli stessi poscia difesa, in occasione della pubblicazione delle loro opere — e persino il GUARNIERI VENTIMIGLIA non la pretese, a propria garanzia, nell'edizione dell'altra sua opera « *La delinquenza e la correzione dei minorenni* », uscita nel 1906 per i tipi della Casa Editrice Nazionale Roux e Viarengo. L'osservazione è più *curiosa* che altro, ma non è certamente, superfluo il ricordare che di codesta clausola o di clausole consimili non discorrono nè punto, nè poco gli scrittori che hanno studiato particolarmente il contratto di edizione (cfr. LARDEUR, *Du contrat d'edition*, Paris, 1893; AMAR, *id.*, Milano, 1892; ROSMINI, *Diritti di autore*, Milano, 1896; HUARD, *Des contrats entre le auteurs et les editeurs*, Paris, 1899; EISENMANN, *Le contrat d'edition*, Paris, 1904; SATTA, *Contratto di edizione*, Torino, 1906) — cosicchè neppure potrebbe addursi il pretesto di una qualunque consuetudine commerciale in proposito o il desiderio di vedere entrare nella pratica una forma di tutela giuridica suggerita dalla scienza.

cetto, accenna al diritto di garanzia dell'autore al diritto cioè di constatare il numero effettivo delle copie di cui consti l'edizione, e ben a tale riguardo assume che mai tale diritto gli si può contrastare quando non vi abbia espressamente rinunziato.

Che, però, quale modo di esercizio di siffatto diritto in mancanza di patto, mal si pretende dall'autore la numerazione di tutti gli esemplari e l'apposizione della firma su d'ognuno, se non si giustifica che egli altro modo non abbia per la garanzia del suo diritto che quello sicuramente oneroso per l'editore, così esposto alla pubblica diffidenza e ad una più grave posizione giuridica dell'altro contraente.

Che poi contraddice all'assunto del ricorrente, anzichè suffragarlo, il venir rilevando che qualche importante casa editrice ha adottato tale modo di garanzia, poichè, a parte che con ciò non si afferma nè l'uso nè la consuetudine commerciale, viene a dimostrarsi l'assunto contrario, che cioè il modo di accertare il numero degli esemplari con la firma dello autore sia l'effetto del patto e che, quindi, dove il patto manca non possa l'autore invocarlo.

Se adunque il modo di verificazione degli esemplari non è insito al contratto di edizione, in quanto non dipende necessariamente dal diritto di garanzia dell'autore, nè è riconosciuto come norma per l'esercizio di cotesto diritto, bene il tribunale, approvando il giudizio del pretore, ritenne infondata la pretesa del ricorrente Guarnieri.

Per questi motivi, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

9 aprile 1907, n. 180

Cardona *Pres.* — Mosca *Est.*

Ferrovie di Stato (avv. *G. B. Marchesini*) contro Jovino (avv. *A. S. Martorelli* e *A. Terilli*).

Pel ritardo nella consegna delle merci trasportate a tariffa generale la Società ferroviaria incontra la responsabilità di diritto comune: quindi, deve rifondere le perdite subite e i lucri mancati a senso di legge (applicazione nel caso di automobile, consegnato tardivamente, quando il destinatario aveva già dovuto restituire raddoppiata la caparra ricevuta per la vendita e consegna dell'automobile stesso in un giorno prefisso (1).

La Corte ecc. — Considera: Che l'art. 403 del codice di commercio, che è sotto il titolo « del contratto di trasporto » dispone che, in caso di ritardo nell'esecuzione del trasporto, oltre il termine stabilito nell'art. 397 (quello stabilito da convenzioni delle parti o da regolamenti ed in mancanza dall'uso commerciale), il vettore (cioè non il solo vettore ferroviario, ma qualunque vettore) perde una parte del prezzo di trasporto proporzionata alla durata del ritardo, e perde l'intiero prezzo di trasporto se il ritardo è durato il doppio del tempo stabilito per l'esecuzione del trasporto, *oltre l'obbligo di risarcire il maggior danno che si provasse essere derivato.* La quale disposizione è sostanzialmente conforme a quella dell'art. 139 delle tariffe ferro-

(1) La nostra Corte di appello si allontana, in questa sentenza, dalla teorica così tenacemente sostenuta dall'avv. G. B. MARCHESINI (cfr., ad esempio, *Foro italiano*, 1902, I, 887); e noi sommessamente crediamo che cotesta teorica, cui aderì, tra le altre, la Cass. Torino 27 ottobre 1905 (*Mon. trib.* 1906, 126), sia stata ripudiata dal cons. MOSCA con tutta ragione, nonostante la indiscussa valentia di chi alla medesima ha legato, può dirsi, il nome proprio, facendo scuola (cfr. MANARA, *Responsabilità delle amministrazioni ferroviarie*, pag. 92 e seg.; BRUSCHETTINI, *Commento al cod. di comm.*, ediz., Vallardi, pag. 367 e seg.; GASCA, *Cod. ferrov.*, II, 546-550; ecc.).

Anzitutto, la sottile discussione che il MARCHESINI fa circa la *mens* del legislatore ferroviario (esiste un legislatore *ferroviario?*) è intieramente superflua, anzi conduce fuori del seminato. Lart. 403 cod. comm., sostanzialmente identico all'art. 139 delle tariffe ferroviarie, non contempla i soli trasporti per ferrovia, ma sibbene contempla i *trasporti in genere*, cioè quelli effettuati da qualsiasi vettore, grande o piccolo che sia.

Il fondamento, poi, della teorica del MARCHESINI riposa tutto sopra un argomento fallace, un argomento *ab absurdo*, ricavato dal contrasto che apparisce, *prima facie*, tra l'art. 403 e l'art. 405 cod. com. Si domanda il MARCHESINI: « E' credibile che il legislatore abbia disciplinata la ipotesi del ritardo molto più gravemente che quella della perdita o dell'avaria? ». E sulla risposta negativa ch'egli dà a siffatta domanda il MARCHESINI imbastisce delle osservazioni che, se sono pregevoli *de jure condendo*, non possono assolutamente accettarsi *de jure condito*.

All'assennata critica che il cons. MOSCA fa della teorica del MARCHESINI noi aggiungiamo le seguenti riflessioni, che ci sembrano perentorie.

viarie, riguardante le merci trasportate non a tariffa speciale, ma a tariffa ordinaria, come gli automobili; nè poteva essere diversamente dal momento che l'art. 416 dello stesso codice di commercio testualmente prescrive che le stipulazioni le quali escludano o limitino nel trasporto per strada ferrata le obbligazioni e le responsabilità, di cui negli articoli 392-403 ecc., sono nulle e di nessun effetto, se anche fossero permesse da regolamenti generali o particolari, *salvo che alla limitazione di responsabilità corrisponda una diminuzione del prezzo di trasporto stabilito nelle tariffe ordinarie, offerta con tariffa speciale.*

Che quasi immediatamente dopo la disposizione dell'art. 403 riguardante, come si è detto, l'ipotesi del ritardo nella consegna della merce trasportata, il legislatore nell'articolo 405 prevede l'ipotesi della perdita o dell'avaria della merce stessa, e mentre nel caso di ritardo concede, oltre l'abbuono totale o parziale del prezzo di trasporto, il *maggior danno* in genere che l'interessato *provasse essergli derivato*, senza alcuna indicazione speciale della natura e dei limiti del danno risarcibile e senz'alcuna distinzione fra ritardo dipendente da colpa lieve e ritardo dipendente da colpa lata o da dolo, nel caso di perdita o di avaria, invece, il legislatore limita la responsabilità del vettore, qualora il fatto sia dipeso da colpa lieve del medesimo, al solo *damnum emergens*, anzi a quella parte sola del *damnum emergens* consistente nella perdita o nella diminuzione del prezzo corrente delle cose trasportate nel luogo e nel tempo della consegna, mantenendo ferma la responsabilità di diritto comune (l'obbligo, cioè, del risarcimento di tutti i danni emergenti, o perdite subite, e di tutti i lucri mancati, derivanti direttamente ed immediatamente dall'inadempimento dell'obbligazione assunta dal vettore) nell'ipotesi che la perdita o l'avaria sia dovuta a dolo o a colpa manifesta del vettore. Il danno derivante da perdita o da avaria, dice infatti l'art 405, si calcola secondo il prezzo corrente delle cose trasportate nel luogo e nel tempo della riconsegna. Il prezzo corrente si determina secondo le disposizioni dell'art. 38, detratte le spese risparmiate in conseguenza della perdita o dell'avaria. Se il danno è operato con dolo o con manifesta negligenza, la misura del risarcimento si determina secondo le disposizioni degli articoli 1227 e 1229 del codice civile.

Che tutta la questione, adunque, si riduce a vedere se la prima parte della disposizione dell'art. 405 che deroga, nell'ipotesi di perdita o di avaria derivante da colpa lieve del vettore, alla responsabilità di diritto comune, attenuandola notevolmente, sia applicabile anche all'ipotesi di ritardo derivante da colpa lieve del vettore, per modo che questi non sia ad altro tenuto che al valore della cosa nel luogo e nel tempo in cui doveva riconsegnarla, detratto naturalmente il valore della cosa nel luogo e nel tempo in cui è stata effettivamente riconsegnata (prezzo differenziale).

Che, posta così la questione, la risoluzione negativa non può essere dubbia, per la semplice ragione che l'applicazione per analogia della prima parte dell'art. 405 all'ipotesi del

---

Un unico argomento *ab absurdo* non basta per togliere ad una disposizione (quella dell'art. 403 suddetto) il senso fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore.

L'argomento, poi, *ab absurdo*, di cui trattasi nella specie, fa nascere a sua volta parecchi assurdi: 1. è assurdo che il legislatore anteponga il corollario alla regola, ossia con una disposizione successiva (art. 405) dia la chiave per intendere una disposizione anteriore (art. 403); 2. è assurdo che la parola *danno*, usata sempre dal nostro legislatore nel suo significato generico di *damnum emergens* e *lucrum cessans*, sia nell'art. 403 usata nel senso di *differenza di prezzo* o come se l'art. 403 avesse l'aggiunta delle parole che si leggono nell'art. 405 « secondo il prezzo corrente delle cose trasportate nel luogo e nel tempo della riconsegna »; 3. l'intendere il danno nel modo preteso dal MARCHESINI fa nascere un altro assurdo, e cioè che il legislatore, mentre ha preveduto la manifesta negligenza e il dolo, come causa di danno risarcibile in caso di perdita o di avaria, nulla di simile avrebbe preveduto in caso di ritardo, — il quale assurdo si evita se alla parola *danno* dell'art. 403 si dà il significato generico che deve avere e che evita al legislatore il rimprovero di non aver prevista l'ipotesi del dolo e della manifesta negligenza in caso di ritardo, giacchè egli in caso di ritardo ha preveduto persino la colpa semplice.

A queste osservazioni potrebbe aggiungersi l'altra desunta da un'accuratissima lettura della *Relazione ministeriale* sul Codice di commercio del 1882. Si apprenderebbe così, che mentre l'art. 403 fu pen-

ritardo, prevista nell'art. 403, trova un ostacolo insormontabile nell'art. 4 delle disposizioni preliminari del codice civile, il quale vieta di estendere le leggi che formano eccezione alle regole generali oltre i casi e tempi in esse espressi.

Che allora soltanto si potrebbe superare quest'ostacolo qualora si dimostrasse essere l'ipotesi del ritardo compenetrata ed inclusa in quella della perdita, e non trattarsi perciò di estensione analogica della prima parte dell'art. 405, ma invece di applicazione di essa a tutto il suo contenuto; ma tale dimostrazione è impossibile, sia perchè le due ipotesi sono sostanzialmente diverse, presupponendo l'una la esistenza della cosa trasportata e la riconsegna di essa avvenuta oltre al termine, e l'altra la distruzione o irreperibilità della cosa trasportata ed il difetto assoluto di riconsegna, sia perchè il legislatore ha espressamente considerate la perdita e la tardata riconsegna come due ipotesi diverse e le ha diversamente regolate in due articoli che si succedono a breve distanza l'uno dall'altro.

Che del resto non reggono in *iure condito* (salvo il loro incontestabile valore in *iure condendo*) gli argomenti da cui si vuol desumere la ragionevolezza dell'applicazione della prima parte dell'art. 405 anche all'ipotesi del ritardo; argomenti che si riducono, in fondo, a tre: *a*) costituendo il trasporto ferroviario un monopolio di fatto, se non di diritto, come è obbligo del vettore ferroviario di accettare indistintamente il trasporto di tutte le merci alle condizioni preventivamente stabilite nelle tariffe, senza alcun riguardo alla persona dello speditore, così è anche suo diritto, riconosciuto dalla maggior parte della moderna legislazione, ed anche dalla convenzione di Berna per i trasporti internazionali, di determinare obbiettivamente, secondo cioè il valore della cosa trasportata, l'indennità da esso vettore dovuta in caso di ritardo nella consegna, di perdita o di avaria (indennità normale), senz'alcun riguardo ai danni dipendenti dalle condizioni subbiettive o personali dello speditore, salva la pattuizione o di una indennità inferiore alla normale mediante il corrispettivo di una riduzione di tariffa, o di una indennità superiore alla normale mediante il corrispettivo di un aggravamento di tariffa (assicurazione di un dato valore, o dichiarazione di un interesse particolare alla riconsegna; *b*) sarebbe assurdo che nel caso più grave della perdita della cosa per colpa lieve, ossia nel caso di completo inadempimento dell'obbligazione del vettore, il mittente o il destinatario ottenesse un'indennità minore (il solo danno emergente, anzi una parte di esso) di quella a lui spettante (tutti i danni emergenti e tutti i lucri cessanti) nel caso di ritardata consegna, ossia nel caso non di pieno inadempimento, ma di adempimento incompleto o irregolare dell'obbligazione assunta dal vettore; *c*) la ritardata consegna costituisce sempre un fatto meno grave della perdita della cosa, tanto è vero che le tariffe ferroviarie equiparano il ritardo alla perdita sol quando esso si prolunghi notevolmente.

Non regge il primo argomento, perchè gli articoli 403 e 405 del codice di commercio sono stati dal nostro legislatore dettati non per i soli vettori ferroviari, nè per i soli trasporti a mezzo delle strade ferrate, ma per tutti i vet-

---

sato *con mente latina* e redatto in conseguenza, l'articolo 405 fu dettato ispirandosi alle legislazioni nordiche, senza curarsi di un opportuno coordinamento. Si lavorò di mosaico in molta parte del Codice di commercio e ciò fu male: in questo caso tipico il male che si fece apparisce luminosamente.

Contro la teorica del MARCHESINI e, quindi, in favore della tesi sviluppata nella sentenza che commentiamo, si veggano il VIVANTE, *Dir. comm.*, vol. IV, n. 2184 e il CALAMANDREI, *Contr. di trasp.*, pag. 431. In una decisione del 18 gennaio 1887, estensore il chiarissimo TARTUFARI, la Cassazione di Roma si espresse conformemente, stabilendo che « al pari di ogni altro vettore le Strade Ferrate devono rispondere, col rigore delle norme commerciali, *di ogni danno reale e mediato derivante dal ritardo nell'eseguire il trasporto, OLTRE* la rifusione del danno immediato che si sconta con la perdita parziale o totale del prezzo di trasporto (*Giur. ital.* 1887, 1, 1, 249) ».

Con sentenza 3 maggio 1907 (*Ferr. ital.* 1907, 168) il Tribunale di Roma, est. BRIGANTE, decise, invece, che per *maggior danno*, di cui all'art. 403 cod. comm., deve intendersi non già ogni e qualsiasi danno, ma soltanto quello che colpisce la cosa obbietto del contratto, e cioè il deprezzamento o deterioramento della cosa, e che è prevedibile al momento del contratto medesimo. Però è da avvertire che lo stesso Tribunale aveva già ritenuto diversamente, in conformità alle vedute nostre, nella sentenza 24 luglio 1902, *Riv. univ.* 1902, 1, 540.

a. s. m.

tori e per tutti i trasporti terrestri, con qualunque mezzo essi si eseguiscono, costituiscano essi o no un monopolio di fatto o di diritto. Cadono quindi di peso tutte le ragioni desunte dall'indole dei trasporti ferroviari (monopoli di fatto), dall'obbligo del vettore ferroviario di accettare il trasporto di qualsiasi merce senz'alcun riguardo alla persona dello speditore, e dalle disposizioni di leggi estere in materia ferroviaria e dalla convenzione internazionale di Berna.

Non regge il secondo argomento, perchè, se è vero che il ritardo è un fatto meno grave della perdita e può anch'esso dipendere, come la perdita e l'avaria, da colpa lieve (che il legislatore avrebbe forse fatto bene a distinguere nell'art. 403 ai fini dell'indennità, così come fece all'art. 405), è vero pure che tutti gli assunti e gl'inconvenienti lamentati scompariscono quando si riconosca (ed il confronto degli articoli 403 e 405 porta l'interprete a riconoscere) che il nostro legislatore ha ritenuto (se bene o male, se consapevolmente o inconsapevolmente poco importa) che il ritardo presupponga sempre se non il dolo, almeno una negligenza manifesta del vettore, a differenza della perdita e dell'avaria che ammettono sempre nel concetto del legislatore, la possibilità di una negligenza non manifesta, ossia di una colpa lieve e quindi la convenienza di una attenuazione della responsabilità civile (convenienza, si noti, non necessità giuridica, poichè, come è risaputo, il grado della colpa, se influisce agli effetti della responsabilità penale, non ha di regola ed a rigor di diritto alcuna efficacia sulla quantità del risarcimento, che deve sempre comprendere tutto il danno cagionato dal fatto colposo, niente di più, niente di meno, sia stato esso cagionato da colpa grave o da colpa lieve). In altri termini, avendo il legislatore, bene o male, presunto, per presunzione *juris et de jure*, che il ritardo (qualora non fosse derivato da caso fortuito o da forza maggiore o dal fatto del mittente o del destinatario giusta il primo capoverso dell'art. 403) dovesse sempre attribuirsi a colpa *manifesta* del vettore, ogni contraddizione fra l'art. 403 e 405, ed ogni assurdità di conseguenza viene a svanire.

Non regge il terzo argomento, perchè l'equiparazione fatta dalla tariffa ferroviaria del ritardo prolungato per un certo tempo alla perdita non importa identificazione e fusione delle due ipotesi della perdita e del ritardo, le quali rimangono sempre nella loro obbiettività e nel concetto del legislatore essenzialmente e nettamente distinte.

Che per conseguenza questa Corte ravvisa più conforme alla lettera ed allo spirito della legge la tesi della responsabilità di diritto comune nel caso di ritardo nella consegna delle merci trasportate; nè può approvare la tesi intermedia, escogitata dal Tribunale, della responsabilità di diritto comune quanto alla natura del danno risarcibile (cioè tutte le perdite subite e tutti i lucri mancati di cui è parola negli articoli 1227 a 1229, del codice civile), e della responsabilità speciale dell'art. 405, quanto ai limiti del danno risarcibile (non oltre il valore delle cose trasportate nel luogo e nel tempo della riconsegna). Tesi intermedia, che ha il difetto della incoerenza, perchè la responsabilità speciale della prima parte dell'art. 405 (molto più ristretta di quella di diritto comune) o si applica per intero, o non si applica affatto al caso di ritardo, non essendo consentito dalla logica nè dalla legge di applicarla in parte (limiti del danno) ed in parte disapplicarla (natura del danno).

E' vero che non si può, per mancanza di gravame, revocare quella parte della sentenza del Tribunale con cui si dichiarò « che la misura del danno risarcibile va fissata in quella massima non eccedente il valore dell'automobile, accertato nel modo stabilito dall'art. 405 del codice di commercio », ma è da notare che nella specie questa dichiarazione ha un valore puramente accademico, poichè non si è mai messo in dubbio che la somma di lire 4980 domandata dal Iovino a titolo di risarcimento dei danni sia inferiore al prezzo dell'automobile nel luogo e nel tempo della riconsegna.

Che per conseguenza va tenuta ferma la sentenza del Tribunale in quanto ammise il Iovino a provare con testimonj i primi due fatti da lui articolati, riguardanti le maggiori perdite subite come conseguenza diretta ed immediata della tardata consegna « che, cioè, egli doveva indilazionatamente consegnare l'automobile al barone Cappello nel giorno 23 dicembre 1905, ossia prima di Natale, e che per la mancata consegna egli dovette restituire raddoppiata la caparra ricevuta in lire mille ».

Per questi motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

28 maggio 1907

Cardona *Pres.* — Mosca *Est.*

Società anonima napolitana Amstrong (avvocato *G. Pesci*).

Non è legale la disposizione dello statuto di una società per azioni, con cui si dà facoltà al Consiglio di amministrazione di aumentare, senza lo intervento dell'assemblea, e nel tempo e modo opportuno, il capitale sociale sino ad una determinata cifra (1).

La Corte in Cam. di Consiglio ecc. —Ritiene che bene si siano apposti i primi giudici nel reputare non conforme a legge l'art. 5 dello Statuto della nuova Società anonima napolitana Amstrong di Pozzuoli, col quale si dà facoltà al Consiglio di amministrazione « di aumentare, senza l'intervento dell'assemblea, il capitale sociale (di 2 milioni) fino alla somma di 20 milioni di lire, mediante emissione di nuove azioni alla pari, in conformità di quanto è stabilito nell'atto costitutivo ». Imperocchè da un lato la lettera dell'art. 158 del codice di commercio (che consente, nel caso di aumento del capitale sociale, e negli altri casi preveduti dal detto articolo, di derogare con l'atto costitutivo e con lo statuto alle sole disposizioni di legge relative al computo della maggioranza, e che attribuisce efficacia, per gli effetti del recesso, alla sola proroga della durata della società acconsentita nell'atto costitutivo), e dall'altro la ragione di quell'articolo, che è stata quella di impedire, per motivi d'interesse pubblico, e più specialmente per la tutela della pubblica fede e delle ragioni degli aventi diritto al capitale sociale, che si sopprima o si modifichi sostanzialmente l'esistenza o il funzionamento di una società per azioni, senza una deliberazione dell'assemblea dei soci, presa con determinate maggioranze (tanto è vero che non ostante il voto di tali maggioranze ha concesso ai soci dissenzienti il diritto di recesso) dimostrano ad evidenza come non si possa con lo statuto o con posteriore deliberazione togliere all'assemblea dei soci ed affidare al Consiglio d'amministrazione la competenza di mutare sostanzialmente la vita e il funzionamento della società. E' d'interesse pubblico, giova ripeterlo, che quella competenza rimanga all'assemblea di tutti gli aventi diritto al capitale sociale, come è d'interesse pubblico di garantire la minoranza dalle eventuali sopraffazioni della maggioranza, qualora questa deliberi alcuni dei più gravi mutamenti sostanziali e propriamente quelli espressi nei numeri 2, 3, 5 e 6 dell'art. 158 del codice di commercio, concedendo ai soci dissenzienti il diritto di recesso dalla società (diritto negato nella sola ipotesi di proroga acconsentita nell'atto costitutivo). Ora è noto che *jus publicum privatorum pactis mutari non potest.*

Nè giova il dire che nella specie l'articolo 5 dello statuto sociale non contiene una vera e propria delegazione al Consiglio d'amministrazione del potere di decidere l'aumento del capitale sociale, per essere stato questo aumento già deliberato da tutte le persone intervenute a costituire la nuova società, e per essersi affidata al Consiglio di amministrazione soltanto la esecuzione della detta deliberazione o meglio l'attuazione, nel tempo e nei modi più opportuni, dell'aumento del capitale fino a 20 milioni, già deciso da tutti i soci. Tale argomento, infatti, non regge, poichè per stabilire se la delegazione o il mandato conferito al Consiglio d'amministrazione abbia per obbietto il *decidere* l'aumento del capitale sociale, ovvero l'attuare un au-

(1) Il chiarissimo cons. MOSCA è coerente alla teorica da lui svolta già nell'altra decisione 1. febbraio 1907, ed inserita in questa Raccolta, anno corr., pag. 136, con nostra nota di richiami.

La decisione presente segna anche un passo innanzi e nel senso diametralmente opposto a quello seguito dal Trib. civ. Roma, est. TERCINOD, nella sentenza 19 novembre 1906, che può leggersi nel *Foro italiano*, anno 1907, 1, 318.

Tale sentenza trovasi nell'istesso *Foro* accompagnata da una nota, adesiva su questo punto, di A. S., sigle sotto cui si nasconde il prof. ANTONIO SCIALOJA; ma alle osservazioni del Tribunale di Roma e a quelle dello SCIALOJA il cons. MOSCA risponde esaurientemente secondo il nostro modestissimo giudizio. Esempi recenti, e purtroppo dolorosi, stanno a provare che il cons. MOSCA ha ragione anche dal lato pratico della controversia, ed ormai sempre più appare la necessità di raffrenare, anche legislativamente, l'opera speculatrice delle grandi società commerciali a tutela della buona fede dei privati ed a protezione della pubblica moralità.

mento già deliberato dall'assemblea, bisogna aver riguardo, più che alla parola adoperata, alla sostanza della delegazione.

Quando l'aumento è definitivamente deliberato dall'assemblea per modo che non sia consentito al Consiglio di amministrazione di attuarlo o di non attuarlo, ma sia obbligatorio per esso l'attuarlo in un dato termine salvo a scegliere in questo termine il momento opportuno, in tal caso non può revocarsi in dubbio che l'oggetto della delegazione sia non decidere, ma *attuare* l'aumento, non il deliberare, ma l'eseguire.

Quando invece l'aumento del capitale sociale fino ad una data somma non è stato deliberato in modo obbligatorio pel Consiglio di Amministrazione, quando, cioè, si è lasciata al Consiglio stesso la facoltà di non attuare affatto l'aumento del capitale, in tale ipotesi la delegazione comprende logicamente e giuridicamente non solo l'attuare ma anche il decidere.

Come si potrebbe, infatti, parlare più di semplice mandato di attuare, quando si è riservata al Consiglio di amministrazione anche la facoltà di non attuare, quando cioè non gli si è prefisso alcun termine, più o meno lungo, nel quale esso debba procedere obbligatoriamente all'emissione delle nuove azioni? E questa è appunto l'ipotesi che ricorre nel caso in esame giacchè l'art. 5 dello statuto della Società lascia arbitro assoluto il Consiglio di amministrazione di aumentare o no fino a 20 milioni il capitale sociale.

Quell'articolo è così concepito: « Il capitale sociale consta di 2 milioni rappresentato da n. 8000 azioni di lire 250 ciascuna che dovranno essere versate per intero entro il mese di luglio 1907. Il capitale sociale *potrà* essere aumentato (e quindi potrà anche non essere aumentato) dal Consiglio d'amministrazione, senza l'intervento dell'assemblea, tosto che si è versato il capitale anzidetto, fino alla somma di 20 milioni di lire, mediante emissione di nuove azioni alla pari in conformità di quanto è stabilito nell'atto costitutivo ». D'altra parte mal si comprende come con lo stesso atto si possa costituire una Società col capitale di 2 milioni (di cui soli tre decimi versati) e deliberare contemporaneamente in modo definitivo l'aumento del detto capitale a 20 milioni. Si avrebbero allora fin dall'atto della costituzione della società due capitali egualmente definitivi, uno sociale ed un altro statutario, contrariamente al principio dell'unità del capitale sociale sancito dal legislatore. L'aumento del capitale sociale può essere previsto, ma non deliberato definitivamente nell'atto costitutivo, poichè allora il vero capitale sociale sarebbe in realtà il secondo e non il primo. Si noti inoltre che l'articolo 131 del codice di commercio prescrive che « non si possono emettere nuove azioni sino a che le precedenti non siano interamente pagate ». Sicchè appare anche discutibile se, fino a quando ciò non avvenga, sia vietato non solo di emettere, ma anche di deliberare definitivamente l'emissione di nuove azioni e quindi di delegare al Consiglio di amministrazione il procedere a tale emissione.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

7 giugno 1907 n. 1246

Tempestini *Pres.* — Formica *Est.*

Capuano (avv. *Alessandro Montani*) contro Società Alti Forni, Fonderie ed Acciaierie di Terni (avv. *Rolandi-Ricci, Gerra*).

È valido, nei rapporti del conduttore, il contratto di locazione d'opera in perpetuo (1).

Il contratto d'impiego stabile non è contrario alle esigenze delle grandi aziende commerciali (2).

(1-6) La controversia, dibattuta tra il Capuano e la Società degli Alti Forni di Terni, diede larga materia di commenti e discussioni alla stampa quotidiana. La decisione, pertanto, che pubblichiamo richiamerà l'attenzione speciale dei lettori, i quali noteranno anche l'alto interesse dottrinale della decisione medesima. Ad ulteriore chiarimento, poi, facciamo posto alle seguenti osservazioni critiche che ci ha favorito un distinto professionista:

— La presente sentenza acquista uno speciale valore, se si pone mente ai precedenti.

La Corte di Cassazione di Torino con sentenza del 12 dicembre 1902. Soc. Anon. Trani c. X. (*Giur. Torin.*, 1903, 777) aveva ritenuto l'esistenza di un contratto d'impiego stabile, nel quale cioè il conduttore sia obbligato a tenere in servizio il locatore d'opera fin tanto che questi sia idoneo a prestarlo, od abbia acquistato diritto ad un trattamento di quiescenza.

Impiegato stabile è colui che non può essère licenziato senza il concorso di giusti motivi, e che in caso di licenziamento ha diritto di ricevere, per il tempo in cui avrebbe ancora potuto servire, l'equivalente del trattamento economico che prima riceveva (3).

La promessa di carriera racchiude implicitamente la stabilità dell'impiego (4).

L'esistenza di un contratto d'impiego stabile può desumersi da ogni fonte di prova, e quindi da presunzioni ricavate da documenti che non hanno carattere contrattuale, da interrogatori e da prove testimoniali (5).

I regolamenti generici interni emanati da una società, sia pure soltanto nell'interesse dell'azienda, non possono considerarsi come atti unilaterali non generanti alcuna efficacia obbligatoria. Essi sono veri negozi giuridici che ingenerano diritti e doveri così per colui che li pone in essere, come per coloro che con lui entrano in rapporti (6).

Il Tribunale, ecc.

Il contratto d'impiego stabile, foggiato a somiglianza di quello che le leggi e la pratica hanno ormai reso obbligatorio per le pubbliche amministrazioni, non soltanto non è contrario alle esigenze delle grandi aziende, ma viene anzi sempre più prevalendo nella pratica, perchè soddisfa alle stesse finalità che ne dettarono l'adozione agli enti pubblici. La continuità del rapporto interessa cioè tanto l'impiegato che, dedicando all'ufficio l'intera sua attività, perde l'attitudine per trarre da altra via i mezzi necessari alla vita, quanto l'azienda, la quale soltanto così può approfittare del successivo perfezionarsi del lavoro a lei occorrente. Certo i progressi continui della scienza, le rapide e continue variazioni dei mercati, impongono oggi alle industrie ed ai commerci analoghe e continue trasformazioni e quindi la necessità di eliminare quegli strumenti di produzione, uomini o materiali, che più non possono prestare opera utile. Ma, accanto a tale necessità, sta l'altra, pur egualmente sentita dalle moderne grandi intraprese, di raccogliere intorno a sè un personale sperimentato e fedele, che senta come un interesse proprio l'interesse dell'azinda. Perciò la necessità di continue eliminazioni, mentre si impone quotidianamente di fronte agli operai che attendono a semplici lavori manuali, si fa già sentir meno per il personale tecnico che

---

e non possa licenziarlo senza il concorso di giusti motivi.

La Corte d'Appello di Roma con sentenza del 29 Aprile 1905, Ferri c. Doria, (in questa Raccolta, 1905, 300, con nota di S. G. PITOCCHI) ritenne che la prova del contratto d'impiego a vita si può desumere anche da semplici presunzioni gravi, precise e concordanti. Il Tribunale di Roma poi, con sentenza del 25 aprile 1904. Perilli c. Società Trams' (*id.* 1904, 280, e *Contr. lav.* 1904, 298) aveva accolta la medesima teoria, che conferma con la attuale, rassodando così la giurisprudenza in materia, e stabilendo delle massime la cui importanza non rimane chiusa nel campo giuridico, ma si estende a quello della pratica applicazione nella vita sociale.

Precipuo merito della sentenza è appunto quello di aver compreso le necessità della vita moderna, per cui, accanto alla divisione e specializzazione del lavoro, ed anzi quasi effetto immediato di questa, l'impiegato perde da un lato l'attitudine a disimpegnare altre mansioni all'infuori di quelle abituali che gli vengono affidate, nel tempo stesso che l'azienda industriale ha interesse a mantenere presso di se un personale già istruito e pratico; d'onde la convenienza reciproca e quasi la necessità di concedere al personale medesimo garanzie di stabilità d'impiego.

Ma, al di sopra del semplice interesse della stessa azienda industriale, sta un elevatissimo fine morale di tranquillità e di pace sociale, mercè il quale soltanto può veramente svolgersi una proficua attività di tutti gli individui intesi allo scopo comune di far prosperare **un'azienda** od un istituto: fine che non sarebbe altrimenti raggiungibile se una classe così numerosa e benemerita qual'è quella degli impiegati dovesse vivere sempre col timore di un possibile improvviso licenziamento al quale tuttavia non abbiano dato alcun motivo.

Stabilito così il principio di parificare — agli effetti della stabilità d'impiego — le grandi aziende private alle amministrazioni pubbliche, e ritenuto che il divieto sancito dall'art. 1628 riguarda soltanto il locatore e non il conduttore di servigi, nei cui rapporti è valido il contratto di locazione d'opera in perpetuo, la sentenza passa ad occuparsi della *prova*, ed appunto in questo campo maggiormente rifulge la modernità di idee del Tribunale, il quale ha ben giustamente ritenuto che l'esistenza del contratto d'impiego stabile possa desumersi da ogni fonte di prova, e quindi anche da presunzioni ricavate da documenti che non hanno carattere contrattuale, da interrogatori e prove testimoniali.

Infatti, rettamente osserva il Tribunale, ben di rado si riscontra, anche nelle pubbliche amministrazioni, una prova esplicita, della stabilità d'impiego sotto forma di contratto bilaterale, firmato da

per elevatezza intellettuale è in grado di seguire i nuovi progressi e non si fa sentire poi affatto, o soltanto in casi eccezionali, per gli impiegati amministrativi. I nuovi progressi, le nuove macchine, costringono cioè ad eliminare operai non più necessarî, ma col dare un più vigoroso impulso alla produzione rendono invece necessario l'aumento di quel personale amministrativo, che è destinato appunto a regolare e controllare l'andamento economico dell'azienda. Questa stessa sua funzione fa sentire più viva l'altra accennata necessità delle grandi aziende di fronte al personale amministrativo, il quale quindi viene oggi assunto generalmente con tali garanzie di carriera e di sicurezza della sua vita avvenire, che valgano a far di lui un collaboratore fedele. Il rapporto d'impiego acquista così il carattere di stabilità nel senso che il conduttore promette al locatore di usar dell'opera sua finchè questi sarà in grado di prestarla, o finchè potrà trovare nella pensione un equivalente economico o per lo meno un surrogato dello stipendio. Una tale forma di contratto, che ormai non può essere seriamente combattuta con l'invocare l'art. 1628 del codice civile, che commina la nullità della locazione d'opere in perpetuo soltanto nell'interesse ed a favore del locatore, non impedisce neppure le necessarie trasformazioni dell'azienda. Il conduttore ha sempre il diritto di recesso unilaterale, poichè nel contratto di locazione di opere, come nei contratti tutti riposanti sulla reciproca fiducia (articoli 1758, 1761, 1652 e 1735 cod. civ.), la continuazione dei rapporti contrattuali non si può imporre coattivamente, ma la risoluione del contratto obbligherà quella parte che vuole usarne a risarcire tutti i danni che sono la conseguenza del suo operato. La possibilità di tale risarcimento non può però valere per eliminare i vantaggi indiscutibili del contratto d'impiego stabile, che è quindi adottato oramai comunemente nelle grandi aziende industriali, fra le quali deve certamente annoverarsi la Società convenuta.

La normalità di tale forma di contratto, se non può valere per farla presupporre quando non appaia decisamente voluta dalle due parti contraenti, può però avere una grande importanza, anzitutto, sulla spiegazione di quegli

---

ambedue le parti; più spesso il convincimento di tale stabilità risulta dal complesso delle disposizioni che governano i rapporti dell'impiegato col conduttore dei suoi servigi.

Da ciò la necessità per il giudice di estendere tale criterio anche al caso delle aziende private, e di valutare, su quella base, ogni genere di documenti che gli venga offerto e dai quali egli possa trarre alcun lume, lasciando all'impiegato la più ampia facoltà di ricorrere ad ogni mezzo di prova.

Di qui, come necessaria e logica conseguenza, scende l'importanza grandissima che a ragione il Tribunale conferisce ai regolamenti interni e disciplinari delle aziende industriali, che considera veri negozi giuridici che ingenerano diritti e doveri tanto per l'azienda quanto per il personale.

E' infatti assurdo il ritenere che un regolamento costituisca unicamente un atto interno, unilaterale, per il semplice fatto che non è firmato dall'altra parte, quando in realtà essa è tenuta ad osservarlo rigidamente nei suoi più minuti particolari!

Le conseguenze che il Tribunale trae da queste argomentazioni non sono meno importanti; poichè, sentendo il bisogno di dare dell'impiegato stabile una definizione che abbia un contenuto concreto, dice che : « Impiegato stabile è quello che non può essere licenziato senza il concorso di giusti motivi, e che in caso di licenziamento ha diritto di ricevere per il tempo in cui avrebbe ancora potuto servire l'equivalente economico del trattamento che prima riceveva ».

Questa definizione riguarda evidentemente due ordini di idee affatto distinte: la prima concerne il diritto dell'impiegato di rimanere al suo posto fintanto che non diventi inabile o non si renda indegno, e gli riconosce, in caso di inadempienza, il diritto al risarcimento del danno; la seconda risolve anche, in certo qual modo, la questione del *quantum debeatur*, dicendo che all'impiegato ingiustamente licenziato spetta l'equivalente economico del suo trattamento per tutto il tempo ch'egli avrebbe potuto ancora rimanere in servizio.

Qui si presenta spontanea la domanda, se tale equivalente debba essere corrisposto sotto la forma di una pensione annuale, o sotto l'altra di una somma capitale a titolo di risarcimento del danno.

Il Tribunale non ha risolto, nè poteva risolvere questo quesito, che non fu prospettato al suo giudizio, essendosi l'attore limitato a chiedere il riconoscimento del titolo col quale liquidare i danni in separata sede, ed una provvisionale. Intanto, noi ci compiacciamo della modernità d'idee alle quali da qualche anno si informano i nostri Tribunali in materia di legislazione sociale, della quale giustamente apprezzano la grande importanza nel campo del diritto non meno che in quello economico.

AVV. ADOLFO TEDALDI

elementi che possono apparire incerti o anche essere variamente interpretati. E' infatti rara anche per gli impiegati delle pubbliche amministrazioni l'affermazione esplicita e chiara della stabilità contenuta in una norma accettata dalle parti, ma più sovente il concetto scaturisce come una logica ed inevitabile conseguenza delle garanzie tutte concesse all'impiegato in ordine all'avanzamento ed alla cessazione della carriera. Allorquando l'impiegato vede cioè regolate da norme precise le promozioni, i trasferimenti, le misure disciplinari, i casi e le condizioni di cessazione dal servizio ed ha inoltre per quest'ultimo caso assicurati gli ultimi anni di sua esistenza da Casse-pensioni o di previdenza, egli ha diritto di ritenere, secondo la norma ormai non più discussa nel diritto pubblico, di essere stato assunto in impiego stabile.

Tale modo di funzionare del sistema della stabilità e l'ordinaria sua adozione da parte delle grandi aziende importano anche un'altra importante conseguenza nei riguardi della prova, poichè la mancanza ordinaria di un'esplicita dichiarazione scritta contrattuale permetterà di ammettere, quando la legge lo consenta, non soltanto le presunzioni ricavate da documenti che non hanno vero carattere contrattuale, ma anche gl'interrogatori, le prove testimoniali ed ogni altro mezzo idoneo ad accertare la precisa volontà dei contraenti.

I regolamenti generici interni emanati da una Società, sia pure soltanto nell'interesse dell'azienda, non possono considerarsi come atti unilaterali non generanti alcuna efficacia obbligatoria. Essi costituiscono dichiarazioni di volontà che hanno lo scopo di regolare ed anche di modificare, come nel caso attuale, un rapporto giuridico, quello intercedente tra conduttore e locatore. Sono quindi veri negozi giuridici, che ingenerano diritti e doveri così per colui che li pone in essere, come per coloro che con lui entrano in rapporto. La dottrina in tal caso giustamente vede un *consenso tacitamente espresso* da parte del conduttore col pubblicare e non revocare il regolamento e da parte del locatore coll'accettarlo senza alcuna riserva. Ma, se la rigorosa costruzione contrattuale presenta difficoltà specialmente nei riguardi del consenso del locatore, che generalmente entra in servizio senza conoscere affatto i regolamenti, non ne presenta alcuna da parte del conduttore che coll'emanazione del regolamento manifesta in modo esplicito la sua volontà. Allorquando trattasi poi, come nel caso attuale, di precise disposizioni emanate a solo favore del personale, che, dopo averne presa visione continuò a servire per molti anni la Società, non si può dubitare che l'unione dei consensi sia avvenuta e che quindi quel provvedimento abbia carattere contrattuale, debba cioè considerarsi come un'obbligazione regolarmente assunta dalla Società verso i suoi impiegati.

Le stesse considerazioni valgono per affermare il carattere contrattuale anche dei provvedimenti successivi, nei quali la Società di Terni veniva a meglio precisare la portata della pianta organica. Infatti il successivo svolgimento dei rapporti della Società coi suoi impiegati non è che la conferma dell'intenzione sua di assicurare loro sotto ogni rapporto l'avvenire della carriera....

Il carattere di stabilità del rapporto d'impiego è nettamente espresso allorquando si parla di *assunzione in servizio stabile*. A tale parola non si può dare un significato diverso da quello adottato nel comune linguaggio e sopratutto dalla pratica amministrativa, che la parola stessa ha introdotta nell'uso quotidiano specialmente per certe categorie d'impiegati comunali. Impiegato stabile è cioè quello che non può essere licenziato senza il concorso di giusti motivi e che in caso di licenziamento ingiustificato ha diritto di ricevere, per il tempo in cui avrebbe potuto ancora servire, l'equivalente del trattamento economico che prima riceveva.

Il carattere di stabilità si riferisce nell'uso comune e nella stessa espressione « servizio stabile » all'intero rapporto d'impiego e non si può quindi limitarne la portata alle condizioni di tale rapporto che sole dovrebbero rimanere stabili finchè il rapporto dura. La garanzia diverrebbe illusoria perchè basterebbe troncare il rapporto per farla cadere. Ed infatti tale concezione del carattere di stabilità porta a sopprimere praticamente ogni distinzione possibile tra impiegato stabile ed avventizio. Dicendo che il primo non è licenziabile senza preavviso, mentre il secondo può essere licenziato in qualunque momento, si verrebbe a contraddire a quella giurisprudenza che, imponendo per ogni categoria di locatori d'opera l'obbligo del preavviso, ha con felice applicazione analogica delle regole dettate dal codice per la sola locazione di cose, sanzionata omai per uni-

versale consenso una norma di diritto basata sulla consuetudine e sulle più sentite necessità sociali. Nè si potrebbe evidentemente far dipendere la distinzione tra impiegato stabile ed avventizio dalla lunghezza maggiore o minore del termine di preavviso senza renderla incerta ed arbitraria. Il significato consuetudinario e logico delle parole non può esser perduto di vista dall'interprete e, quando appunto di stabilità si discute, l'uso della parola sta ad indicare l'affermazione del concetto che la parola stessa racchiude.

Però il Collegio, sebbene riconosca l'importanza grandissima degli elementi analizzati, ritiene che per accertare completamente il carattere di stabilità del rapporto d'impiego interceduto tra il Capuano e la Società di Terni, sia necessario sperimentare prima i due mezzi istruttori proposti dall'attore. L'interrogatorio è senza dubbio ammissibile, ed è anche concludente perchè varrà ad accertare la conformità all'originale del foglio matricolare, prodotto soltanto in copia, e della cui importanza decisiva già si accennò.

Anche la prova testimoniale diretta a stabilire la portata della pianta organica del 1889 è ammissibile, giacchè la qualità di commerciante da parte della Società convenuta permette di considerare atti di commercio i contratti di locazione d'opera da lei conclusi. Della facoltà che la legge comerciale accorda al giudice di ammettere la prova anche nei casi previsti dall'art. 1341 Codice civile, il Collegio ritiene di dovere nel caso speciale far uso perchè, come si osservò ripetutamente, i rapporti tra la Società di Terni ed i suoi impiegati mancano di una previa, esplicita documentazione contrattuale che valga ad eliminare ogni dubbio...

Nè ad eliminarne gli effetti la Società convenuta ha sinora addotto alcuna giusta causa del licenziamento. Anzi pel tenore stesso del benservito che essa rilasciò al Capuano è da escludersi qualsiasi causa dipendente dal fatto di costui. Infatti il benservito, dopo avere attestata la capacità ed attività del Capuano, afferma che il licenziamento avvenne per riduzione di personale. Ma, a prescindere che manca qualsiasi prova della verità di tale affermazione, certo è che le condizioni floridissime della Società nel 1905, dimostrate dai numerosi documenti prodotti, non giustificano in alcun modo il sacrificio del personale amministrativo, che per le sue funzioni è destinato anzi generalmente a crescere di numero col crescere della ricchezza dell'azienda. In realtà quel motivo risulta poi insussistente quando si consideri che il licenziamento venne dato pochi mesi dopo l'emanazione del regolamento 24 dicembre 1904, col quale la Società si arrogava il diritto illimitato di licenziare senza addurre motivi e con semplice preavviso di tre mesi. Tale forma fu appunto data al licenziamento del Capuano, che appare così come una semplice applicazione di quel regolamento ed in special modo della disposizione contenuta nell'art. 4, con la quale s'imponeva agli impiegati che non intendessero accettare le accenate condizioni, di dichiararlo per iscritto entro il 31 dicembre 1904, soggiungendo che tale dichiarazione equivarrebbe a rinunzia dall'impiego. Tale comminatoria, mentre conferma l'inesistenza di una qualsiasi giusta causa di licenziamento, costituisce certo grave argomento anche per ritenere che diversi fossero i patti contrattuali precedenti e che la Società mirava appunto a romperli con un mezzo che le evitasse le conseguenze rigorose dell'inadempimento contrattuale.

Per questi motivi ecc.

Avv. A. SANTE MARTORELLI, Direttore responsabile.

Tipografia "Industria e Lavoro„ Via delle Coppelle num. 35 - Roma.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

9 marzo 1907 n. 198

Basile *Pres.* — Spirito *Est.*

Arrigoni (avv. *V. Argentieri* contro Comune di Monteleone di Spoleto (avv. *C. Lesen*).

La garantia amministrativa, accordata ai sindaci dalla vigente legge comunale e provinciale, non si estende ai giudizi civili per risarcimento di danni causati da fatti dei sindaci nell'esercizio delle loro funzioni (1).

La Corte, ecc. — Osserva che dei sette mezzi del ricorso, onde s'impugna la sentenza denunciata, assorbente è il secondo, nel quale il primo si rifonde, che riflette l'inapplicabilità delle garentie amministrative stabilite a favore dei sindaci dall'art. 139, in relazione all'art. 8 legge comunale e provinciale, nei procedimenti civili, che contro di loro s'istituiscono per risarcimento di danni, causati da fatti compiuti nell'esercizio di loro funzioni.

Che, volgendo ad esso l'esame, non si possa non riconoscere che mai censura fu più giusta e meritata di quella che il ricorrente muove al pronunciato del Tribunale.

Che, indubbiamente, trattasi di misura eccezionale, e di misura che ha per iscopo non il pubblico ufficiale, ma la funzione e quindi il pubblico interesse, di cui quello è l'espressione.

Che però, dovendo in cotesta finalità ricercare la ragione dell'eccezionale disposizione, è impossibile ammettere che possa estendersi alle cause d'indole civile, che toccano l'interesse particolare del pubblico ufficiale, alle quali rimane estranea la funzione, che non ne resta intralciata nella sua normale esplicazione. Anche perchè, se in tal senso dovesse intendersi la controversa disposizione, la legge verrebbe a menomare il diritto dei privati cittadini, ostacolando l'esercizio delle loro ragioni civili per il risarcimento del danno patito nel patrimonio, contro ogni senso di giustizia. Ora, annettere agli art. 139 e 8 una simile intelligenza è repugnante alle più comuni norme di ermeneutica legale, e sarebbe come calunniare il legislatore, attribuendogli propositi ed intendimenti, che mirassero, sotto colore di tutela del pubblica interesse, a turbare colla menomazione dei diritti individuali quello che costituisce la migliore garentia di ogni civile consociazione, il rispetto cioè dei diritti dei singoli cittadini.

Come, del pari, sarebbe enorme ammettere che movente di detti articoli e lo *spirito* che l'informa fosse quello di *rendere edotto il Sovrano* del procedimento. Anzi tutto, perchè simile concetto contrasta con l'idea dello Stato moderno, e di uno Stato retto a regime costituzionale. Poi, perchè quella prescienza, volendo escludere ogni idea di dispotica ingerenza, non potrebbe che essere dettata da ragioni di pubblico interesse; onde si ricadrebbe nel già detto e, mancando il pubblico interesse, verrebbe a mancare la supposta ragione, dalla sentenza intraveduta nella controversa disposizione.

---

(1) Giustissima sentenza. In una società bene ordinata nessuno deve potersi sottrarre alla responsabilità dei propri atti. E l'immunità concessa dall'art. 8 della Legge Com. e Prov. ai prefetti e sottoprefetti ed estesa ai sindaci dall'articolo 139 (157) in materia penale, è già per sè stessa un anacronismo, che sarebbe assurdo estendere anche al civile, mentre invece più volte è stata proposta al Parlamento, e noi ci auguriamo che venga finalmente in luce, l'abolizione di questo anormale privilegio, in stridente contrasto coi principii che informano la nostra legislazione.

Anche in materia penale la nostra Corte ha fatto, molto opportunamente, una distinzione, dicendo non essere il sindaco coperto dalla garantia amministrativa quando agisce non già come ufficiale del governo, ma bensì come capo dell'Amministrazione locale. C. Roma 10 marzo 1904 (*Riv. pen.* LIX, 685); stessa Corte 28 gennaio 1902 (*Foro italiano* 1902, I, 245) e 23 marzo 1898 (id. II, 319).

Conformi alla presente sentenza: C. Roma 10 gennaio 1903 (*Foro it.* 1903, I, 138); C. Napoli 13 maggio 1902 (*Legge* 1902, II, 404); A. Venezia 21 aprile 1900 (*Annali* 1900, 272); A. Trani 24 nov. 1883 (*Foro it., Rep.* 1884, v. *Autorizzaz. a procedere*, n. 6).

In dottrina prevale l'opinione contraria, confortata però da poche e antiquate sentenze (v. SAREDO, *La legge com. e prov.*, n. 1439-1440; ASTENGO, *Guida ammin.*, art. 8; MAGNI, *Comm. della legge com. e prov.*, art. 8; ecc.).

Sostengono la tesi propugnata dalla nostra Corte: BONASI, *La responsabilità pen. e civ. dei ministri e degli altri uff. pubblici*, vol. I, cap. 4; MANTELLINI, *Lo Stato e il cod. civ.*, I, 113; CONTI, *Il sindaco nel dir. ammin. ital.*, n. 231; MECACCI, in *Foro italiano*, 1876, 1, 1114.

Senza dire che, versando, come non è dubbio, in materia eccezionale, la logica giuridica e le regole d'interpretazione legale imponevano che non si fosse data a quei dettami legislativi una intelligenza estensiva e *contra rationem iuris*, ma che si fosse stato, tra le due diverse opinioni circa il modo di intendere gli art. 139 ed 8 Legge comunale e provinciale, a quella di esse che attribuisce loro una portata più circoscritta e più ragionevole.

Che tanto più ciò s'imponeva, per quanto l'espressione letterale dell'art. 8, da cui precipuamente la denunciata sentenza si lasciò condurre, lungi dal confortare, si ribella al senso volutole attribuire.

Poichè, se vero è che la parola *procedimento* non è estranea ai giudizî civili, è invece tutta propria della materia penale la locuzione di *sottoposizione* di alcuno a *procedimento* per un dato atto. Da che (come ebbe a notare questo Supremo Collegio nella sua decisione del gennaio 1903, resa a Sezioni Unite) « esula affatto dal concetto e dalla terminologia legislativa il designare l'inizio di un litigio civile contro taluno proposto, col dire « che venga costui perciò *sottoposto a procedimento*, laddove usuale è nella legge, allorchè trattisi d'istituire un procedimento « penale ».

E quando pure non fosse apparso esplicito, com'è, il senso dell'indicato articolo, facile sarebbe riuscito al Tribunale sincerare il dubbio significato dell'equivoca parola *procedimento*, riportando il pensiero alle disposizioni degli art. 805 all'808, che, leggonsi sotto il titolo decimo, lib. 3. della proc. pen., riflettenti appunto il modo di procedere nei casi in cui è necessaria l'autorizzazione sovrana; i quali, non trovando riscontro nel codice della procedura civile, come sarebbe stato indispensabile, qualora la garenzia stabilita nell'art. 8 della legge dovesse estendersi anche ai giudizî civili, l'avrebbero fatto accorto dell'erroneità della più lata interpretazione.

Manifesto è pertanto l'equivoco della sentenza e la falsa applicazione fatta dell'art. 8 legge comunale e provinciale, e dovendo perciò annullarla, sarebbe frustraneo l'esame degli altri mezzi: maggiormente perchè riguardano tutti, o quasi, il merito della controversia, che non formò oggetto della decisione del Tribunale, quantunque, inopportunamente, avesse creduto di recare anche su di esso la sua disamina, pregiudicando così le ragioni del ricorrente.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

9 marzo 1907, n. 202

Basile *Pres.* — Baudana *Est.*

Massari (avv. *C. Mapei*) contro Gargano (avvocato *N. Taraschi*).

Contro le risultanze di un atto pubblico non è ammissibile il giuramento decisorio (caso nel quale pretendevasi di provare con giuramento che l'acquirente designato in un rogito di vendita non era che un prestanome (1).

Il magistrato di appello non ha obbligo di motivare sulle domande nuove (2).

L'esclusione della buona fede agli effetti della restituzione dei frutti percepiti è giudizio di fatto insindacabile in Cassazione (3).

La Corte ecc. — I convenuti ed attuali ricorrenti Massari in primo grado mediante interrogatorio intendevano di provare che il Gargano acquistando la causa di Nicola Massari con l'atto pubblico del 16 gennaio 1875

---

(1) Per *risultanze* dell'atto pubblico intendiamo tutto ciò che cade sotto i sensi del notaio o del pubblico ufficiale e viene da costoro attestato, non già quanto le parti pensano di dichiarar loro. In tal senso cfr. A. Cagliari 16 luglio 1901, *Annali* 1901, 3, 1507; A. Roma 16 settembre 1899, *Temi rom.* 1899, 508; A. Napoli 18 luglio 1900, *Dritto e Giur.* XVI, 574; A. Aquila 10 marzo 1903, *Giur. ital.* 1903, 1, 2, 249; ecc.

(2) E' giusto. L'art. 490 Cod. proc. civile, infatti, esige che, anche di *ufficio*, si pronunzi il rigetto delle domande nuove. *Utile per inutile non vitiatur*.

(3) Cfr. stessa Cass. Roma 6 dicembre 1897, *Corte Suprema* 1898, 2, 387 e 1 aprile 1902, *Legge* 1902, 1, 686; Cass. Napoli 18 febbraio 1898, *Foro nap.* 1898, 205; Cass. Torino 4 giugno 1898, *Giur. tor.* 1898, 1018. Sul carattere del possesso di buona fede veggasi lo scritto di L. GRANATA, *Per un nuovo criterio di ricerca della buona fede all'effetto dell'acquisto dei frutti*, in *Rivista univ.* 1907, 1, 174. Cons. anche Cass. Roma 10 novembre 1906, in questa nostra Raccolta, anno corr., pag. 21, con richiami in nota.

l'aveva poi riceduta ad Eliseo Massari per lo stesso prezzo di L. 1700 fissato col detto istrumento. Poscia, avendo il Gargano risposto negativamente, gli deferirono il giuramento decisorio per provare non più la cessione della casa, ma che il Gargano era comparso in quell'istrumento di compra o vendita come semplice prestanome di Eliseo Massari. E il tribunale di Sulmona, interpretando il relativo atto pubblico e la volontà dei contraenti, disse:

« Basta leggere la formola per convincersi che il giuramento sia inammissibile ai termini dell'art. 1364 del cod. civ., perchè esso è diretto soltanto ad impugnare il fatto che il notaio attestò essere seguito alla sua presenza, e cioè a disconoscere che lo acquirente fu Gargano, come attesta il notaio medesimo, e non già Eliseo Massari ».

E veramente nell'atto pubblico del 1875 si legge che avanti il notaio Cosimo Di Filippo comparve Crescenzio Gargano a lui ben cognito a cui fu venduta la casa per lire 1700, delle quali la metà fu contestualmente pagata dal compratore Gargano, l'altra metà era stata precedentemente pagata, e a lui si rilasciò quietanza per l'intera somma, e come compratore fu investito di ogni diritto, azione e ragione. Gli appellanti Massari presentarono una lunga e dotta comparsa conclusionale, ma, relativamente al surriferito principale ragionamento del tribunale, poche parole in essa si poterono dire, e cioè che col giuramento si voleva provare che il Gargano, nell'atto di vendita, figurò come prestanome di Eliseo Massari; quindi fu in quell'atto mandatario del Massari. Ma il Gargano nè comparve, nè figurò come prestanome nell'istrumento; invece comparve e figurò come compratore, e in tale qualità stipulò; donde la proibizione di cui all'art. 1364 del cod. civ. di deferire il giuramento decisorio per impugnare un fatto che un atto pubblico attesta seguito nell'atto stesso avanti l'ufficiale pubblico che l'ha ricevuto. Alla Corte d'appello forse sfuggirono le poche parole di risposta data dalla difesa del Massari al ragionamento del tribunale, ma al Supremo Collegio non è vietato di sostituire le proprie ragioni giuridiche a quelle contenute nella sentenza impugnata, massime quando, come nella specie, si tratta di preferire, sulla stessa questione, le considerazioni del magistrato di primo grado discusse dagli appellanti.

La Corte d'appello, è vero, nulla disse sulla questione del giuramento deferito agli effetti del risarcimento dei danni che si sarebbero sofferti prima della sentenza, ma la relativa domanda non fu proposta avanti il tribunale; se ne parlò in appello, ma non fu dedotta con specifica conclusione, e come domanda nuova vietata dall'art. 490 codice procedura civile non obbligava il magistrato a motivare in proposito la sua sentenza; ciò che non impedisce agli eredi Massari di far valere ogni diritto che possa a loro competere, riguardo ai danni, in separato giudizio.

I Massari pretendevano la percezione dei frutti, ma la Corte d'appello con giudizio di fatto, non errato in diritto, sufficientemente motivato, e perciò incensurabile in Cassazione, escluse la loro buona fede, e ritenne che fin dall'inizio mancò in essi ogni credenza alla esistenza del preteso titolo di acquisto, nè potè mai sorgere la buona fede (art. 701 del cod. civile).

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

11 marzo 1907 n. 212

Basile *Pres.* — Baudana *Est.*

Feliciani (avv. V. *Storoni*) contro Feliciani (avv. *T. Ambrosetti*).

Il giudice conciliatore non è competente nè a concedere nè a convalidare il sequestro conservativo (1).

Il sequestro conservativo può essere autorizzato anche a favore di chi disponga di una sentenza, sia pure esecutiva (2).

---

(1) La questione, già sorta precedentemente e fattasi poi più viva quando venne pubblicata la legge del 1892, fu largamente discussa in dottrina (V. le numerose monografie pubblicate nel *Monitore dei Pretori* e nel *Conciliatore*, specialmente degli anni 1894 e 1895) e variamente risoluta dalle diverse Preture del Regno, ma arrivata alla Cassazione fu dalla Corte di Napoli con sentenza dell'8 luglio 1899 (*Legge* 1899, II, 621) dichiarata l'incompetenza del Conciliatore. Della Corte di Roma non conosciamo altre precedenti sentenze in proposito (Cfr. MATTIROLO, 5. ediz., V, n. 1177, 1178). Il MORTARA riprova tale giurisprudenza (*Commentario*, II, n. 118, e III, n. 632).

(2) Non sarà frequente il caso di chi, avendo una sentenza esecutiva, ricorra a sequestro conservativo, ma la legge non si oppone (cfr. A. Ancona 19 dic. 1905, *Corte Anc.*, 1906, 1, 72).

La Corte, ecc. — L'art. n. 1 della legge 16 giugno 1892 n. 261 limita la competenza dei giudici conciliatori alle azioni personali, il valore delle quali non ecceda le L. 100.

Or non è il caso d'indagare la natura della azione promossa da Zeno Feliciani per ottenere le due sentenze dal giudice conciliatore in base alle quali gli fu concesso dal Pretore di Santa Vittoria in Matenano il sequestro conservativo; devesi invece indagare la natura dell'azione che sorge dal sequestro, di cui si è domandata la convalidazione, per determinare la competenza dell'autorità giudiziaria.

Con questa domanda si promuove un'azione evidentemente reale, non personale, giacchè è diretta a togliere al debitore il possesso delle cose sequestrate per garentire il creditore: quindi la incompetenza del giudice conciliatore, sia a concedere, sia a convalidare il sequestro conservativo.

E veramente il cod. di proc. civ. non mai al giudice conciliatore, ma al Pretore attribuisce la facoltà di concedere il sequestro conservativo per qualunque valore, e in determinati casi, estranei all'attuale lite, al Presidente del Tribunale o della Corte (art. 926 e 927).

Quand'era in discussione il progetto di legge sulla competenza dei Conciliatori, si propose di estendere ad essi siffatta facoltà; ma tutto consigliò a non estendere oltre e fino a tal punto la competenza loro, specialmente perchè massima prudenza richiedesi nel magistrato chiamato a concedere i sequestri conservativi pei quali basta il fumo del buon diritto, e troppo incerti sono i confini tra l'uso e l'abuso nel dare o negare un'autorizzazione a ciò che può ritenersi una esecuzione anticipata (Relazione del Senatore Pagano).

Al Pretore, rivestito per legge della facoltà di accordare sequestri conservativi qualunque sia la natura dell'azione, non può negarsi il diritto di giudicare sulla validità, rivocazione o conferma dei medesimi; ma il conciliatore, il quale non può concedere sequestri conservativi, molto meno può pronunziare siffatto giudizio più arduo ed importante, e che si sperimenta mediante azione reale sottratta per legge alla sua cognizione.

Per ottenere il sequestro conservativo conviene che un credito esista e per la prova basta il *fumus boni juris* (art. 924); ciò non toglie che si possa produrre anche una vera prova risultante da titoli autentici o da sentenze esecutive: *cui minus licet non potest quod et maius est non licere*. Quel che è speciale pel sequestro conservativo è il giusto motivo di sospettare della fuga del debitore, di temer sottrazioni, o il pericolo di perdere le garenzie del credito. In questi casi anche le sentenze potrebbero riuscire inefficaci, giacchè per eseguirle conviene prima richiedere e possedere le copie munite della formula esecutiva; conviene, nei casi ordinari, far precedere il precetto a pagare entro cinque giorni, e, se pure il creditore sia in grado di ottenere l'immediato pignoramento dopo la notificazione del precetto, si espone ad un giudizio di opposizione la quale talora può sospendere la esecuzione (art. 578, 580).

E si noti che la debitrice, ad un precetto di pagare notificatole dal creditore, aveva già fatto giudiziale opposizione, dopo di che il creditore, avuta notizia che proprio in quel tempo si maturavano in favore di lei alcuni cespiti di entrata, in un sol giorno chiese, ottenne ed eseguì il sequestro presso un terzo.

Nella specie, adunque, era necessario un provvedimento più sollecito, immediato che non desse scampo al debitore, e la legge provvede appunto col sequestro conservativo dei beni mobili spettanti al debitore e delle somme a lui dovute. Quindi non deve essere proibito in modo assoluto al creditore, che può valersi di sentenze sia pure esecutive, di ricorrere al sequestro, salvo al pretore di concederlo o no in seguito a ricorso motivato, e, se ne sia il caso, a sommarie informazioni (art. 925).

Che poi il creditore si trovasse nel pericolo di perdere le garenzie del suo credito, e che riuscisse inutile la prova testimoniale dedotta dalla debitrice lo ha dichiarato e dimostrato il Tribunale di Fermo con giudizio di fatto ricavato dall'esame dei prodotti documenti, epperciò incensurabile in cassazione.

Si osserva infine che la sentenza impugnata in ogni sua parte è sufficientemente motivata, e non può dirsi contraddittoria.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

22 marzo 1907 n. 252

Basile *Pres.* — La Terza *Est.*

Papi (avv. *V. Vinai*) contro Capitolo di San Clemente in Velletri (avv. *P. Manzi*).

L'autorità giudiziaria ha competenza per giudicare degli effetti giuridici derivanti da provvedimenti presi dall'autorità ecclesiastica (nella specie, sfratto di un sagrestano dalla abitazione annessa ad una chiesa, per essere egli stato rimosso dall'ufficio) (1).

La Corte *a Sezioni unite*, ecc. — Il primo mezzo del ricorso, che attiene alla questione di competenza, e di cui solo si debbono occupare queste Sezioni Unite, è del tutto infondato.

In effetti, il Capitolo di Velletri con l'atto del 9 luglio 1903 non chiedeva che il rilascio della casa abitata da esso ricorrente, perchè essendogli stata conceduta per la sua qualità di sagrestano minore della chiesa di San Clemente, ed essendo cessato da tale qualità per contravvenzione agli obblighi che gl'incombevano, non poteva più ritenerla.

Ora, se era tale la domanda del Capitolo, se questa domanda non involgeva che l'esercizio di un diritto meramente patrimoniale, e se le controversie, ove si faccia questione di un diritto civile o politico che sia, si debbono, a norma dell'art. 2 della legge sul Contenzioso amministrativo, conoscere e decidere dall'autorità giudiziaria, deriva che il Tribunale, come già aveva ritenuto il Pretore, ben respinse la eccezione d'incompetenza.

E la invocata legge sulle guarentigie 13 maggio 1871, lungi dal derogare la norma sancita dal citato art. 2 della legge sul Contenzioso amministrativo, la conferma invece, e non poteva essere altrimenti, imperocchè tassativamente è ivi prescritto con l'art. 17 che, se in materia spirituale e disciplinare non è ammesso reclamo od appello contro gli atti delle autorità ecclesiastiche, la cognizione degli effetti giuridici di questi atti appartiene alla giurisdizione civile; e degli effetti del provvedimento dell'autorità ecclesiastica si tratta, una volta che fu chiesto il rilascio della casa per essere il Papi cessato dalla qualità di sagrestano minore, qualità che sola gli dava diritto a detenerla per sua abitazione.

Nè le eccezioni in contrario, che si riassumevano nell'affermazione di non essere interceduto alcun rapporto col Capitolo e che invece la casa erasi ricevuta dal Sagrestano maggiore, potevano spostare la competenza giudiziaria, essendo anche esse tali da non includere una diversa materia di contendere.

Si sarebbe compresa la eccezione d'incompetenza se si fosse chiamato il Tribunale a decidere una questione di natura ecclesiastica o d'indole disciplinare, se si fosse opposta la ingiustizia o la illegalità del provvedimento preso, si fosse in un modo qualsiasi portata la discussione sui motivi del provvedimento stesso, per ottenerne la dichiarazione d'inefficacia; ma, se di tutto ciò non vi fu traccia e la controversia si mantenne nei limiti della esistenza o meno di un diritto patrimoniale, è inconcepibile che si possa negare la competenza dell'autorità giudiziaria ed ammettere quella dell'autorità ecclesiastica, la quale istituì il giudizio dopo avvenuto il deliberato del vescovo, che, respingendo l'appello proposto, tenne ferma la decisione del Capitolo, e dopo decorso inutilmente il termine assegnato per ricorrere alla Congregazione dei Vescovi e Regolari.

Nè si dica che fu reclamata la esibizione del provvedimento definitivo della competente autorità ecclesiastica, e questo reclamo faceva rientrare la materia nel merito delle relazioni gerarchiche; imperocchè il reclamare la esibizione di codesto provvedimento, allo scopo di vedere, in mancanza di esso, sospesa ogni pronunzia allo stato o rigettata

---

(1) La massima era già stata dalla nostra Corte affermata con sua precedente sentenza del 7 febbraio 1903, riportata nel *Foro Italiano* (I, 24) con nota del VACCHELLI, e nella *Giurisprudenza italiana* (1904, I, 358) con nota dello SCADUTO. Con queste sentenze, e con le altre che qui appresso citiamo, restano fissati i confini del sindacato giurisdizionale civile intorno ai provvedimenti emessi dall'autorità ecclesiastica in via gerarchica a scopo disciplinare. Cfr. C. Roma, 10 novembre 1901 (*Foro it.* 1902, I, 92); A. Torino 7 maggio 1895 (*Giurispr. Tor.* 1895, 690); C. Roma 1 maggio 1891 (*Legge*, 1891, II, 577).

V. pure in proposito MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, 3. ediz. vol. I, pag. 460 in nota.

la domanda, non importa discussione alcuna, che attenga alle relazioni suddette, che cangi l'indole dell'azione istituita; tanto più che nemmeno ora si fa alcuna censura della ingiustizia del provvedimento nel senso di ottenerne la modifica o la revoca.

Il primo mezzo del ricorso adunque deve essere rigettato, e deve rinviarsi l'esame degli altri alla Sezione Civile di questa Corte, che provvederà anche sul deposito e sulle spese.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 aprile 1907, n. 289

Pagano *Pres.* — La Terza *Est.*

Persico (avv. *A. De Mita* e *G. Persico*) contro Finanze (avv. erariale *Viettone*).

Dev'essere accompagnato dal deposito per multa, sotto pena d'irricevibilità, anche il ricorso interposto alle Sezioni Unite del Supremo Collegio di Roma avverso la sentenza di una Corte di cassazione regionale, di cui si deduca la incompetenza a giudicare nella materia (1).

La Corte *a Sezioni unite*, ecc. — Un giudizio per danni fu iniziato dal sig. Guido Persico nel 1902 contro l'Amministrazione finanziaria ad occasione del decreto emesso dal prefetto di Forlì in data 24 febbraio 1873 con cui venne rimosso il sig. Salvatore Persico dalla gestione esattoriale che aveva assunta.

Alla domanda del Persico, il quale fondava la sua istanza sulla illegittima ed arbitraria rimozione, fu opposta dalla Intendenza la eccezione di non esser competente l'autorità giudiziaria a provvedervi, ma questa eccezione come la domanda stessa furono respinte prima dal tribunale e dalla Corte di appello poi.

In seguito all'annullamento pronunziato dalla Corte di Cassazione di Napoli, la Corte di rinvio, rigettando la eccezione d'incompetenza che era stata presentata sotto un nuovo aspetto, sotto l'aspetto cioè che, fino a quando la IV Sezione del Consiglio di Stato, non avesse detto illegittimo il decreto, non si sarebbe potuto ritenere competente l'autorità giudiziaria sull'azione dei danni, fece in parte diritto alla inoltrata domanda.

Produsse ricorso alla stessa Cassazione di Napoli la Finanza per la non dichiarata incompetenza dell'autorità giudiziaria e si dolse anche il Persico, il quale col terzo e quinto mezzo dedusse la violazione della legge sulle imposte circa la esclusione degli interessi sulle somme anticipate all'erario dal giorno della illegittima rimozione a quello del rimborso, e dei mancati lucri, che l'esattore avrebbe fatti, se avesse potuto agire esecutivamente contro i debitori morosi, e col sesto mezzo sostenne essere stati erroneamente esclusi i chiesti danni morali.

Quella Corte di Cassazione rinviò gli atti a queste sezioni unite, le quali, con sentenza degli 8-25 aprile 1905, rigettarono le eccezioni d'incompetenza contenuta nel primo mezzo del ricorso della Finanza, e rinviarono ogni altro esame sopra entrambi i ricorsi alla detta Cassazione di Napoli.

E questa con pronunziato dei 2-16 marzo 1906 rigettò tutti e due i ricorsi. Il Persico nel suo interesse chiede ora a queste sezioni unite l'annullamento della cennata sentenza per quanto riflette i cennati tre mezzi, rinviandosene l'esame alla sezione semplice, dal momento che i medesimi non potevano essere discussi e decisi per difetto assoluto di giurisdizione nel Supremo Collegio di Napoli, che perciò emise una sentenza improduttiva di ogni effetto giuridico.

Di cotesto ricorso si eccepisce dalla pubblica Amministrazione la inammissibilità non solo perchè non fu accompagnato da deposito, ma anche per effetto della sentenza di queste sezioni unite che già dichiararono la competenza della Corte di cassazione di Napoli a giudicare sui restanti mezzi del gravame di essa Amministrazione e sull'altro gravame del Persico.

Osserva che, se a rendere ammissibile un

---

(1) Questione nuova, ma risoluta conformemente allo spirito della legge. Anche per impugnare le sentenze di giurisdizioni speciali fu ritenuta dalle Sezioni unite la necessità del deposito per multa (cfr. Cass. Roma 4 dicembre 1901, 19 luglio 1902 e 12 gennaio 1905, la prima e la terza decisione in *Giur. ital.* 1902, 1, 1, 202 e 1905, 1, 1, 123, e la seconda in *Corte Suprema* 1902, 1, 279.

Massima identica a quella che commentiamo si è adottata anche nella decisione 12 aprile 1907, estesa pure dal cons. LA TERZA e pubblicata dall'ottima *Giur. ital.* 1907, 1, 1, 530.

ricorso salvo i casi di esenzione tassativamente previsti ed indicati, è mestieri che al medesimo sia annesso il certificato di deposito od il decreto di ammissione al beneficio dei poveri pel combinato disposto dagli articoli 523 e 528 del codice di procedura civile, e se il Persico volle insorgere avverso la sentenza della Corte di Cassazione di Napoli chiedendone l'annullamento e non curò di accompagnare il ricorso col suddetto certificato di deposito o col cennato decreto di ammissione al beneficio dei poveri, consegue che lo stesso non possa dichiararsi ammissibile.

Se non che il Persico afferma che non aveva obbligo di eseguire alcun deposito, sia perchè egli non ha prodotto un ricorso, ma un semplice reclamo per eccitare la dichiarazione di competenza, e sia perchè il deposito fatto quando si gravò del pronunziato della Corte di rinvio, basta ad escludere ogni ulteriore inadempimento. Codeste due affermazioni però sono inesatte.

Inesatta la prima, perchè non un semplice reclamo per regolamento di competenza è stato proposto, ma un vero e proprio gravame avverso una sentenza che aveva definitivamente giudicato in merito, per sentirne dichiarare la nullità od inefficacia che sia, col rimando alla sezione semplice di questo Supremo Collegio dei tre mezzi del precedente ricorso, segnati coi numeri tre, cinque e sei, per deciderli.

E se un formale ricorso è stato avanzato a queste sezioni unite, non cambiandone l'indole e la sostanza quella parola *reclamo* usata nell'atto dal Persico, nè facendola venire meno la osservazione di non essere possibile ricorrere dalle sentenze delle Corti di Cassazione regionali, osservazioni che, ammettendosi, importerebbero per altro verso la inammissibilità, era soggetto, come già si era accennato, allo adempimento della condizione essenzialissima del deposito, comune, per necessità di logica, ad ogni qualsiasi ricorso che si interponga avanti la Corte di Cassazione.

E' inesatta la seconda perchè non è dato invocare un deposito già esaurito ed incamerato per effetto della decisione intervenuta.

Per questi motivi, dichiara inammissibile il ricorso, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

6 aprile 1907 n. 297

Pagano *Pres.* — Pianigiani *Est.*

Giuliani (avv. *C. Dalla Corte* e *W. Storoni*) contro Ministero Poste e Telegrafi (avvocato erariale *Della Monica*).

L'amministrazione pubblica può per motivi di disciplina o di pubblico servizio licenziare i propri impiegati sotto qualsiasi forma, di dispensa, di collocamento a riposo, od altrimenti; nè l'autorità giudiziaria ha competenza a giudicare della legittimità di tale licenziamento impugnabile soltanto, ove ne sia il caso, con ricorso al Consiglio di Stato (1).

La Corte, ecc. — Considerato che il ricorrente spiega il mezzo dedotto, osservando e sostenendo che il funzionario di ogni pubblica amministrazione, che non abbia demeritato, ha in forza del contratto il diritto di essere mantenuto al suo posto; e per conseguenza il Ministero delle poste non poteva collocarlo a riposo valendosi dell'art. 170 della legge sulle pensioni che è scritto ad esclusivo beneficio dell'impiegato e pregiudicando i legittimi vantaggi che all'impiegato stesso sarebbero immancabilmente derivati dal rimanere in funzione per altri sei mesi, quali, nella specie, il più lungo godimento dello stipendio intero, l'avanzamento di classe, l'aumento della quota di pensione, l'acquisto del diritto eventuale a pensione a pro della mo-

(1) Giurisprudenza sempre costante. Cfr. stessa Corte 27 gennaio 1906 est. SPIRITO, in questa Raccolta 1906, 115, con nota di richiami; 14 marzo, 5 aprile e 4 dicembre 1906, *Giur. ital.* 1906, 1, 1, 481, 484, e 1907, 1, 1, 148. La Corte ben distingue tra *diritti* e *interessi*. La ricerca della lesione del diritto compete certo all'autorità giudiziaria: cons. Cass. Roma 11 maggio 1907 *Giur. ital.* 1907, 1, 1, 545 (pel riconoscimento del dritto a pensione) — 12 aprile 1907 n. 316, in causa Campana c. Liceo Rossini e Ministero Pubblica Istruzione (controversia sull'acquisto della stabilità per parte di un maestro) — 23 marzo 1907 n. 258, in causa Baduel c. Comune di Montegabbione (stabilità di medico condotto) — 16 marzo 1907 n. 232, in causa Magnacca c. Comune di Apricena (stabilità d'impiegato comunale — 11 maggio 1907 n. 411 (pensione ad impiegati di ospedali), ecc.

glie cui poco tempo restava per compiere il biennio di matrimonio all'uopo prescritto.

Considerato esser principio inconcusso di diritto pubblico amministrativo che la promozione e remozione degli impiegati, e in generale tutto ciò che attiene allo svolgimento della così detta carriera ufficiale, debba essere interamente affidato all'amministrazione dalla quale essi dipendano, e che per frastornare tali provvedimenti non possono muoversi questioni di diritti acquisiti se leggi o capitolati speciali non li dichiarino o assicurino. La pubblica amministrazione può, sempre quando che sia, ove ragioni non tanto di disciplina, quanto di pubblico servizio, ne la consiglino, licenziare sotto qualsiasi forma, vuoi di dispensa, vuoi di collocamento a riposo, o altrimenti, i propri impiegati, senza che questi possano eccepire e vantare veri e propri diritti, ma solo, quando ne sia il caso, dei diritti impropri che la giurisprudenza ha designato col nome di interessi, la cui ventilazione sfugge dal campo giuridico. Siccome però potrebbe alcuna volta l'amministrazione peccare di arbitrio, la legge per non lasciare indifeso il funzionario licenziato gli dischiuse il ricorso al supremo tribunale amministrativo, il quale è competente a conoscere della convenienza e legalità del licenziamento e dell'interesse che pretendesi leso.

Che tanto imponevasi nella specie in esame l'annunciata verità, che il Giuliani non titubò di ricorrere egli stesso al Consiglio di Stato, e, soltanto quando ha veduta quivi risoluta la questione in suo danno, ha pensato di fare argine al male contestando la competenza da lui stesso evocata.

Se dunque il licenziamento è una facoltà dell'amministrazione, sottoposta al solo giudizio della suprema autorità amministrativa, è chiaro come non possa a questa opporsi eccezione d'incompetenza o di eccesso di potere, quando essa abbia nel campo suo giudicato.

Potrà essa aver male giudicato, potrà aver male interpretato la legge, ma, qualunque sia la sentenza, ella sfugge ad ogni censura avanti l'autorità giudiziaria.

Che a confortare il proprio assunto il ricorrente va ricalcando nel suo ricorso tutti i vantaggi, che a lui sarebbero derivati dal rimanere altri sei mesi in servizio, ma questi vantaggi, lungi dal potersi ascrivere al novero dei diritti, non erano che semplici speranze, che il provvedimento di collocazione a riposo ha irremissibilmente, quantunque in duro modo, frustrate.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

9 aprile 1907 n. 310

Basile *Pres.* — Setti *Est.*

Ramaglioni (avv. *F. Pacelli*) contro Cesetti (avv. *E. Tomasini*).

L'appaltatore del dazio consumo è responsabile del fatto degli agenti daziari che da lui dipendono, purchè il loro operato sia illecito e illegittimo (1).

La Corte ecc. — L'azione di danno fu negata al ricorrente prima dal pretore, poi dal tribunale, per due ragioni: la prima, cioè, fu che l'appaltatore non può considerarsi quale committente dei suoi agenti, giusta l'art. 1153 codice civile, perchè gli manca la libera elezione, e non si può quindi tenerlo responsabile dell'operato degli agenti stessi.

Oltre a ciò, dice il tribunale, per l'articolo 30 testo unico della legge daziaria gli appaltatori, come i Comuni, subentrano negli obblighi e nei diritti del governo verso i contribuenti, e le facoltà dei loro agenti essendo equiparate a quelle degli agenti governativi, così quando redigono un verbale di contravvenzione esplicano un atto d'imperio e non di semplice gestione, e sono, perciò, esenti da ogni responsabilità. La seconda ragione sta in ciò che non risultava nella specie di avere gli agenti daziari operato con dolo o con colpa quando elevarono la contravvenzione al Ramaglioni, mentre invece tutto induceva a far ritenere che l'opera di quelli fu

(1) L'egregio cons. SETTI, che ha esteso la presente decisione, fu pure estensore dell'altra 18 gennaio 1907, con la quale si ritenne la responsabilità dell'esattore per i fatti dei propri messi. Tale sentenza trovasi riportata nella nostra Raccolta, anno corr., pag. 112, con nota pienamente adesiva, in cui è richiamata pur la giurisprudenza sulla responsabilità indiretta dell'appaltatore dei dazi.

legittima; onde mancando il dolo o la colpa non è possibile un'azione per danni.

Ora la prima delle addotte ragioni è errata, perchè, se è vero che gli agenti dell'appaltatore sono equiparati per le loro funzioni agli agenti governativi, non è men vero che essi sono nominati dietro proposta e scelta dell'appaltatore da cui dipendono; ed appunto per questa scelta e dipendenza l'art. 212 del regolamento daziario tassativamente dispone che l'appaltatore è sempre responsabile civilmente delle operazioni eseguite dai suoi agenti o commessi, anche muniti di patente. E non è meno errata questa prima ragione anche sotto l'aspetto della irresponsabilità degli agenti quando compiono atti d'impero, perchè è ormai un *ius receptum* che per questi atti sono irresponsabili soltanto le pubbliche amministrazioni dei fatti e delle colpe dei loro agenti, ma non è egualmente esclusa la responsabilità personale degli agenti stessi, e quindi dell'appaltatore per l'art. 212 del regolamento per i danni cagionati con atti illeciti e violatori del privato diritto.

Sta però a sorreggere la sentenza la seconda ragione, quella, cioè, che il fatto degli agenti daziari, del quale fu chiamato a rispondere l'appaltatore, fu scevro di qualsiasi dolo o colpa; anzi il loro operato fu legittimo, tale essendo, senza dubbio, l'esercizio degli atti di vigilanza, di prevenzione o scoperta delle possibili frodi alla legge. E questo è giudizio di fatto insindacabile in Cassazione. Nè vale obbiettare che l'azione dei danni fu spiegata non contro gli agenti, ma contro l'appaltatore in virtù dell'art. 1153 codice civile, nel quale è insita la colpa per presunzione *iuris et de iure;* imperocchè anche per tale articolo non può esservi responsabilità del committente se non quando il fatt del commesso sia illecito e soggetto a risarcimento. Ciò è indispensabile se si sostenga che ragion diretta di tale responsabilità è la rappresentanza, dacchè nell'agente opera giuridicamente il rappresentato; onde, se quegli di nulla deve rispondere per essere il suo operato legittimo, a nulla parimente questi è tenuto. E' poi indispensabile, anche se si accetti l'opinione che la responsabilità del committente sia fondata sulla colpa *in eligendo*, imperocchè, se non esiste il fatto colposo del commesso, viene a mancare il presupposto della presunzione legale.

Ritenuto perciò incensurabilmente dal magistrato di merito che gli agenti daziari adempievano ad un dovere di ufficio e compirono un atto legittimo, l'appaltatore non poteva rispondere di danni verso il ricorrente Ramaglioni assolto dal giudice penale, allo stesso modo che non ne risponderebbe un querelante o denunciante in buona fede.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 aprile 1907 n. 313

Baudana *Pres.* — De Aloisio *Est.*

Maggi (avv. *G. Ferri*) contro Fondo Culto (avv. erariale *Nespoli*).

Il Fondo pel Culto può trattenere sulle somme decorrende a titolo di pensione quanto gli è dovuto per maggiori somme, indebitamente riscosse a tale titolo dall'ex-monaco (1).

Cessata, però, la pensione, il Fondo Culto può ripetere l'indebito con azione giudiziaria sugli altri beni dell'ex-monaco stesso (2).

La Corte ecc. — Destituito d'ogni fondamento giuridico è il ricorso in disamina.

In ordine al primo mezzo è tanto assurdo che la legge ed il regolamento di soppressione abbiano inteso abrogare, in danno del Fondo Culto, l'istituto della *condictio indebiti*, pel di più di pensione pagato all'ex monaco, in quanto il citato articolo 39 del regolamento 7 luglio 1866 ha anzi abrogato, in favore del-

(1-2) Abbiamo riportato questa sentenza per la curiosità della controversia, che non sappiamo spiegarci come possa essere stata proposta con speranza di buon esito.

Sulla natura alimentaria delle pensioni, delle congrue e in genere delle rendite dei benefici ecclesiastici si vegga la sentenza 6 febbraio 1905 del Trib. di Roma (in questa Raccolta 1905, 136) e soprattutto la nota di richiami a piè della medesima.

Per la *condictio indebiti* in genere vedi pure Trib. civ. Roma 30 marzo 1906, est. CURIS (nostra Raccolta, 1906, 237, con nota).

Con decisione 14 dicembre 1906 l'A. Aquila ritenne che non è indebito il pagamento fatto avanti la scadenza del termine anche se si dimostri erroneamente eseguito (*Giur. abr.* 1906, 534).

l'Amministrazione predetta, il principio generale della inopponibilità della compensazione contro il debito alimentario (art. 1289 n. 3 codice civile), statuendo che la omessa denunzia dà ragione al Fondo pel Culto di ritenere sulla rata avvenire del religioso le somme corrispondenti a quella indebitamente percetta per la non avvenuta riduzione della pensione stessa. Il quale *jus retinendi*, concesso al creditore, non è, come ognuno vede, che una forma esecutiva della *condictio*, attuabile fino a quando la pensione sia *in corso*. Cessata invece ch'essa sia, per virtù di un nuovo assegno, superiore, come nel caso, al doppio della medesima, e divenuta quindi impossibile la *retentio*, non v'è ragione per cui il di più indebitamente pagato non possa ripetersi con azione giudiziaria contro gli altri beni del debitore. Vanamente poi il Maggi torna ad accampare la mancata prova dell'*errore* necessario per tale ripetizione. La prova dell'errore, causato dal colposo silenzio del pensionato circa il beneficio conferitogli, è qui insita *in re ipsa*, non potendo (come bene osserva la sentenza) presumersi nella pubblica Amministrazione l'animo di fargli dono del di più pagatogli, massime poi in cifra eccedente lo ammontare stesso della di lui pensione.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

17 aprile 1907, n. 34.

Basile *Pres.* — Corbo *Est.*

Procuratore Generale della Corte di Appello di Aquila contro Ronchi ed altri (avv. *C. De Michetti*).

Al Pubblico Ministero non compete l'azione di impugnativa del riconoscimento di un figlio naturale, sia pure al fine d'impedire l'impunità dei colpevoli del reato di soppressione di stato (1).

La Corte ecc. — Il Procuratore Generale ricorrente sostiene che, avendo l'art. 188 codice civile stabilito potersi il riconoscimento di un figlio naturale impugnare dal figlio stesso e *da chiunque vi abbia interesse*, debba intendersi compreso, in questa formula generale adoperata dal legislatore, anche il P. M., il quale ha diritto di procedere per via di azione quando vi è un interesse pubblico o sociale, come precisamente si verifica nel caso in esame.

Questa concezione così ampia delle attribuzioni del P. M. e delle sue funzioni è evidentemente sbagliata. E' vero che in tesi generale il P. M., giusta il disposto dell'ultimo capoverso dell'articolo 139 dell'ordinamento giudiziario, « ha azione diretta per far eseguire le leggi di ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato, semprechè tale azione non sia ad altri pubblici uffiziali atribuita »; ma perchè possa il P. M. iniziare il relativo giudizio occorre, secondo la lettera e lo spirito di cotesta disposizione, che nelle leggi d'ordine pubblico vi sia un vero e proprio interesse generale, che escluda ogni interesse individuale.

Certamente lo stato civile delle persone, in quanto non può formare oggetto di alienazione o di rinuncia, si collega all'ordine pubblico; ma, per quel che riguarda la sua contestazione o rivendicazione, è estraneo all'interesse generale, poichè vi è inclusa una quistione di diritti morali e di interessi pecuniarii, ai quali sono interessati soltanto coloro che compongono la famiglia.

Del resto, a ben comprendere la portata ed a determinare i limiti delle importanti e molteplici attribuzioni del P. M., così varie per indole e per effetti, bisogna considerarle in rapporto alle diverse materie cui si riferiscono.

Ora nelle materie civili l'articolo 140 dell'ordinamento giudiziario prescrive che il P. M. dà il suo parere o *procede anche per via di azione nei casi rispettivamente determinati*

---

(1) La sentenza, confermata da questa del Supremo Collegio, è della Corte di appello d'Aquila 3 luglio 1906 e trovasi inserita nel *Foro ital.*, 1906, 1, 1315. Sostanzialmente conformi sono le sentenze 8 agosto 1900 dell'A. Torino (*id.*, 1901, 1, 133), 30 aprile 1901 della Cass. Torino (*Legge*, 1901, 2, 185) e 1 giugno 1904 dell'A. Casale (*Foro ital.*, 1904, 1, 1505).

Con decisione 26 marzo 1907, n. 281, la Cass. Roma est. BASILE, nella causa Pasi c. Baldini, ha ritenuto che la prova della filiazione naturale è regolata dalla legge imperante all'epoca in cui sono avvenuti i fatti che si vogliono provare e che, secondo il diritto pontificio, bastava accertare all'uopo il concorso di almeno due dei seguenti fatti: la *ventris custodia*, la *nominatio*, la *conabitatio*, la *fama*, la *confessio matris*, la *similitudo* o *effigies*, ecc. ecc. — Sulla questione decisa in sentenza ved. anche BIANCHI, *Dir. civile*.

dalla legge. E questo concetto di dare azione al P. M. nei soli casi determinati dalla legge trovasi ripetuto nella legge 28 novembre 1875, n. 2781, che regola le sue funzioni in materia civile. E difatti l'art. 1 è concepito in questi termini: « Il P. M. presso le Corti di appello e i tribunali non ha obbligo di conchiudere nei giudizi civili, fuorchè nelle cause matrimoniali, o *nei casi in cui, a termine di legge, procede per via di azione* ».

Il legislatore, quindi, in applicazione di questa regola da lui stesso stabilita, ispirandosi al criterio di una giusta convenienza, ha attribuito al P. M., caso per caso, la facoltà di provocare gli analoghi provvedimenti e di promuovere i relativi giudizii, come appunto si può vedere riscontrando le disposizioni degli articoli 21, 26, 67, 87, 104, 112, 114, 221, 233, 238, 271, 326, 338, 339, 342, 364 e 365 codice civile, nonchè il disposto degli articoli 815 e 849 cod. proc. civile.

Ma se in tema di disconoscimento della prole naturale o legittima non vi è un testo esplicito che abiliti il P. M. a promuovere una regolare azione, ciò è una prova eloquente che la sua diretta ingerenza non è stata creduta necessaria nè opportuna dal legislatore.

Per la qual cosa vengono a perdere ogni importanza le contrarie osservazioni del ricorrente, dominate tutte da un esagerato concetto dell'interesse pubblico, che potrebbe ravvisarsi anche nelle questioni concernenti lo stato civile delle persone.

Nè d'altronde alla rigorosa applicazione della regola, che al P. M. compete azione soltanto nei casi determinati dalla legge, si può venir meno argomentando dalla pregiudizialità dell'azione civile alla penale e dal grave inconveniente, che resterebbero altrimenti impuniti i reati di soppressione di stato; imperocchè, se ciò costituisce un vuoto nell'attuale nostra legislazione, non spetta al magistrato, ma al legislatore, colmarlo.

E difatti, il progetto del nuovo codice di procedura penale vi ha già provveduto, disponendo con l'art. 4 che il giudizio civile sulla questione di stato potrà essere promosso anche dal P. M.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

14 maggio 1907 n. 430

Baudana *Pres.* — Lago *Est.*

Mattei (avv. *G. De Cesare*) contro Del Fiocco (avv. *F. Pacelli* e *A. Angelini-Rota*).

Benchè al procedimento pretoriale non sia applicabile il termine per fare gli esami dei testimoni, prescritto nelle cause dinanzi ai tribunali, tuttavia il lasciar scadere senza domanda di proroga il giorno fissato all'uopo dal pretore può, interpretandosi come arbitraria inosservanza dell'iniziativa del magistrato, dar luogo a decadenza del diritto a far eseguire la prova (1).

La Corte ecc. — Il Pretore del V Mandamento di Roma, con ordinanza 22 febbraio 1906, ammise Mattei Antonio a provare con testimoni alcuni capitoli dedotti, fissando per l'esame il giorno 10 marzo 1906 alle ore 9 antimeridiane.

Che il 10 marzo il procuratore del convenuto Del Fiocco attese invano il Mattei, o chi per esso, finchè alle ore 11 fece con apposito verbale prendere atto della mancata comparizione dell'attore e della conseguente di lui decadenza dal diritto di espletare la prova.

Che, riassunta la causa, il Mattei nel maggio 1906 domandò la fissazione di un nuovo giorno per l'audizione dei testi.

Che, sull'opposizione del convenuto, il Pre-

---

(1) Sostanzialmente, per quanto con minore forza persuasiva, la Cassazione romana conferma la tesi svolta nella decisione 28 giugno 1904, est. CAPOTORTI, decisione che offri il destro allo studio del nostro Direttore avv. A. S. MARTORELLI, inserito a piè della stessa, col titolo *Intorno alla questione del termine per la prova testimoniale dinanzi ai pretori* (nostra Raccolta, 1904, pag. 352-356).

La sentenza che ora pubblichiamo, è accompagnata nel *Foro italiano* 1907, 1, 813, da una nota dell'egregio collega avv. A. ANGELINI-ROTA.

Quanto alla notificazione delle liste testimoniali nei giudizi di pretura la Cass. Napoli seguita a sostenere che esse debbono scambiarsi entro i cinque giorni prima dell'esame perentoriamente (cfr. dec. 31 gennaio 1907, *Trib. giud.* 1907, 99). In proposito si consulti, soprattutto nei richiami, la nota da noi apposta alla sentenza 6 marzo 1906 della Pretura del IV Mand. di Roma, in questa Raccolta, annata del 1906, pagine 239-240.

tore con sentenza 10 giugno 1906 dichiarò l'avvenuta decadenza, quale decisione fu confermata dal tribunale con giudicato del 24 ottobre 1906.

Che contro quest'ultimo il Mattei ha fatto ricorso avanti il Supremo Collegio.

Osserva che sostanzialmente i quattro motivi dedotti denunziano la violazione degli art. 46, 47, 418, 232, 246, 447, 360 cod. proc. civ., ma si riassumono nel sostenere che senza adeguata motivazione il tribunale abbia dichiarato applicabili alle cause pretoriali gli art. 232 e 246 cod. proc. civ., riguardanti la prova testimoniale da esperirsi avanti i tribunali e Corti in procedimento formale.

La sentenza peraltro dichiarò che l'art. 232 non è applicabile alle cause pretoriali, ed in ciò ha fatto esatta applicazione dell'art. 447 stesso codice, giacchè la prova testimoniale avanti i pretori è regolata dagli art. 426 e 427 e questi rimettono al pretore di provvedere per la esecuzione della prova e determinazione dei fatti da provarsi, e alle parti di provvedere per la presentazione dei testi; l'armonico esercizio di queste facoltà rende inapplicabile il termine di giorni 30 prescritto per far gli esami avanti ai giudici superiori, dipendendo essi intieramente dall'iniziativa delle parti, la quale si troverebbe rimessa al loro arbitrio quando non restasse circoscritta nei limiti del termine preindicato, mentre per contro nei giudizi pretoriali prevale l'iniziativa del pretore.

Disse invece applicabile l'art. 246 in relazione agli art. 46, 47, 417 e 418 cod. proc. civ. ed in ciò non cadde in contraddizione con quanto aveva detto in ordine alla inapplicabilità dell'art. 232; ma neppure è da approvarsi quanto credette affermare sulla perentorietà nei sensi degli art. 46 e 47 citati in ordine alle monizioni fissate dal pretore per l'esecuzione delle prove testimoniali, sebbene queste monizioni arbitrariamente trascurate possano dar luogo a decadenza dal diritto a far seguire la prova.

Non è mai perentorio il termine che può essere prorogato, sia pure una sol volta, a discrezionale criterio del pretore: discrezionalità e perentorietà sono termini antitetici. Ma rileva la Corte che questa ragione erronea è sostituita da altra ragione buona emergente dalla stessa sentenza e che da sola ne sostiene il dispositivo. E questa ragione sta in ciò, che all'udienza fissata non comparve l'attore per coltivare la prova concordata per l'esecuzione in quel giorno; e il pretore avendo dato atto dell'istanza del convenuto comparso perchè fosse dichiarato decaduto l'attore dal diritto di eseguire la prova, ha posto in essere a favore del convenuto un diritto quesito alla decadenza della prova per inosservanza della forma ad essa impressa dal pretore competente e perciò appartenente all'essenzialità dell'atto.

Nè la riassunzione della causa, fatta dopo ben due mesi, deducendo di essere comparso tardivamente al mezzogiorno del 10 marzo, potrebbe giovare a riprendere l'esame abbandonato, quando neppure ebbe cura di domandare la proroga consentita dalla legge; neppure ebbe a dedurre qualche impossibilità che scuotesse in radice nell'avversario il diritto quesito, utilmente invocato in favore del proprio assunto.

In questo stato di diritto e fatto non può essere riprovato il dispositivo della sentenza, giacchè, se per sè stessa non era perentoria la monizione pretoriale, neppure poteva esser lecito ad una delle parti di non osservare la prescrizione competentemente ordinata dal pretore; e l'arbitraria ribellione, sovranamente riconosciuta dai giudici del merito, ragionevolmente fu punita colla pronuncia della decadenza dalla prova siccome armonico risultato degli art. 246, 417, 418, 447, quale ultimo tende a togliere ogni arbitrio sconfinato, come nel giudice, così nelle parti contendenti.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 maggio 1907, n. 388

Pagano *Pres.* — Palladino *Est.*

Faella (avv. *C. Pasquali*) contro Cannoniere ed altri (avv. *E. Carranti*).

Nonostante l'abrogazione della legge 31 luglio 1871 sul matrimonio degli ufficiali, abrogazione avvenuta per opera della successiva legge 24 dicembre 1896, i vincoli dotali costituiti sotto la prima legge rimangono ancora governati dalle disposizioni antiche (1).

Quindi alle doti militari costituite prima della legge del 1896 non è applicabile lo svincolo nel caso in cui lo stipendio lordo del marito

raggiunga il minimo previsto dall'art. 6 lettera a di questa legge (2).

La Corte ecc. — Osserva che il ricorso della vedova Toldo non apparisce fondato, poichè contraddice alle stesse disposizioni di legge, delle quali a torto nei due mezzi dedotti si lamenta la violazione. Infatti la sentenza denunciata non disconobbe che la legge 31 luglio 1871 sul matrimonio degli ufficiali del regio Esercito ha cessato di aver vigore per effetto dell'abrogazione in virtù della successiva legge 24 dicembre 1896, non potendo altrimenti giudicarsi, sia perchè nella legge sopravvenuta si legiferò sulla stessa materia regolata dalla prima, sia perchè con l'art. 11 della legge posteriore si dichiarò di abrogare la precedente; ma la sentenza stessa mantenne vigore alla legge, che allora imperava, e ciò per rendere omaggio e prestare osservanza all'art. 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile, che limita la sfera di azione delle leggi posteriori, vietando che esse possano operare sul passato. Sicchè, in rapporto a quella rendita, nella quale la Corte di merito, con apprezzamento non censurato nè censurabile, riscontrò una donazione effettiva del costituente senatore Scarabelli in contemplazione del matrimonio Cannoniere-Faella, lo scioglimento del vincolo militare non poteva essere ammesso che soltanto verificandosi l'uno o l'altro dei casi, specificati nell'art. 6 della legge del 1871, cioè la cessazione dell'ufficiale dal servizio militare, o la morte di uno dei coniugi senza discendenti superstiti in età minore; e non poteva tenersi conto del caso, aggiunto dalla legge 24 dicembre 1896 alla lettera *a* dell'art. 6, cioè il raggiungimento dello stipendio lordo fino a L. 4000 od a lire 3000, secondo le ipotesi del precedente art. 2, da parte dell'ufficiale.

Niuno dubita che l'imposizione del vincolo militare alla rendita costituita per il matrimonio dell'ufficiale sia determinata dall'intento di provvedere al decoroso sostentamento della sua famiglia, e che per variare di tempi e di circostanze fosse lecito al legislatore limitare l'ingerenza sua sul patrimonio delle famiglie militari e variare i limiti di questo vincolo; ma l'esercizio di questa facoltà, attuato con la legge del 1896, non poteva a meno che arrestarsi di fronte alle situazioni giuridiche costituite, che compendiano interessi di ordine privato, e che per ciò sopravvissero alla legge, in vigenza della quale ebbero vita.

Sostanzialmente con la costituzione di rendita del 4 luglio 1895 il senatore Scarabelli, dichiarando di volerla costituire per lo scopo, per la durata e per gli effetti della legge del 1871, accettò per sè ed eredi l'impegno di corrisponderla fino a quando lo sposo Cannoniere continuasse a prestare servizio nell'esercito, e conseguentemente aggravò il suo patrimonio della relativa obbligazione nella supposta continuazione del servizio militare, e ne risultò per contrapposto il vantaggio economico assicurato all'ufficiale ed alla sua famiglia, che in contemplazione dello stesso venne a formarsi.

Questa situazione giuridica fu meritamente riconosciuta dalla sentenza impugnata come costituente un diritto sottratto all'azione della legge del 24 dicembre 1896, poichè fu conseguenza della costituzione di rendita, idonea a produrlo in virtù della legge del tempo, in cui venne stipulata e che prima dell'attuazione della nuova legge entrò a far parte del patrimonio del Cannoniere.

Si versa nel campo di leggi, che, comunque *ad publicam utilitatem latae*, non escludono che vi si trovi commisto l'interesse privato, che limiti l'azione delle future leggi nel senso di non offenderlo, quando si crede opportuno di arrecare in ciò che si riferisce alla pubblica utilità modifiche od innovazioni.

Osserva che la censurata sentenza, anzichè incorrere nella lamentata violazione dell'articolo 9 della legge 24 dicembre 1896, di questa disposizione opportunamente si valse per dimostrare che questa legge non intese recedere dal principio della irretroattività e del rispetto ai diritti acquistati sotto l'impero e per virtù della legge anteriore, essendo manifesto che ne risulterebbe la inutilità della testè riferita disposizione, qualora potesse prevalere l'assunto della ricorrente, che cioè le rendite costituite anteriormente alla legge del 1896 sieno passate, sotto il rapporto dei limiti del vincolo militare, sotto l'azione della legge stessa.

(1-2) Questa sentenza ha dato occasione ad una importante nota dell'avv. Luigi EULA, nota che ha per titolo *Sulla dote militare* e può leggersi nella *Rivista universale di giur. e dottrina*, anno corr., I, 452-461. Il Procur. generale chiede all'udienza conclusioni favorevoli.

E' intuitivo che siffatto intento si sarebbe conseguito anche senza l'art. 9, il quale perciò è a ritenersi, uniformemente a ciò che si deduce dalla sua genesi ,illustrata con la scorta dei lavori preparatori della legge, e dalla sua letterale disposizione, sia stato diretto a prestare un mezzo, onde anche per le rendite militari anteriori al 24 dicembre 1896 si fosse potuto approfittare delle agevolazioni da questa consentite e risolvere il vincolo militare.

Sicchè il pensiero del legislatore è chiaramente significato dallo stesso art. 9 nel senso che senza di esso la legge del 1896 non avrebbe potuto spiegare alcuna azione sulle precedenti costituzioni di rendita militare, e che per esso si rese possibile estendere a queste un altro limite al vincolo militare, quello cioè in cui l'ufficiale continuando nella sua carriera abbia raggiunto lo stipendio di L. 4000 o di 3000 secondo i casi. Si rese possibile però ad una condizione, e cioè che la cessazione del vincolo sia richiesta dagli interessati, traendosi da ciò la prova più irrecusabile che il legislatore riconobbe versarsi nel campo di interessi privati, dei quali riservava la disponibilità agl'interessati, vale a dire a coloro che formarono quella situazione giuridica a favore della famiglia militare mercè la costituzione della dote o della rendita. Forse fu troppo restrittiva l'interpretazione della Corte bolognese nell'attribuire la veste e qualifica d'interessato soltanto all'ufficiale od alla sua famiglia, ma deve senz'altro ripudiarsi quella della ricorrente, che ritiene veste e qualità d'interessato soltanto al costituente la dote militare, avocando a lui od ai suoi eredi la facoltà di mantenere o di risolvere il vincolo militare. Ripugna ad ogni principio di ragione che possa contestarsi l'interesse nell'ufficiale quando sono in giuoco i vantaggi ed i diritti a lui ed alla famiglia assicurati con la costituzione della rendita; e ripugna alle stesse disposizioni speciali in ordine ai matrimoni militari, poichè, disponendo esse che per ottenere la dichiarazione di libera disponibilità dell'art. 6 lett. *a*, *b*, *c*, basta la firma dell'ufficiale, e escluso che si possa eseguirla senza il suo concorso (art. 3 cap. del Regol. 2 dicembre 1897, n. 515). Non potevasi per tutto ciò pretendere dalla Corte che essa in applicazione della legge 1896 dichiarasse sciolto il vincolo militare e disponibile la rendita costituita nel 1895, quando il Cannoniere fosse venuto a trovarsi nelle condizioni di stipendio previste dall'art. 6 lettera *a*, poichè il supposto di detta applicazione di legge a rendita costituita anteriormente, cioè l'accordo delle parti interessate, era tolto ed eliminato dal giudizio pendente.

Osserva sul ricorso Cannoniere che desso e egualmente infondato.

La sentenza impugnata esaminò il fatto non controverso del mancato pagamento dell'annualità dovute dal costituente senatore Scarabelli al Cannoniere senza riguardo ai precedenti, a cui le parti volevano riannodarsi e sui quali esse divergevano. Così, accettando l'assunto del Cannoniere, negò l'esistenza di un di lui impegno a non esigere, ed, aderendo all'assunto della vedova Toldo, non accettò che quegli siasi prestato a non esigere le annualità per benevole concessioni di dilazione durante la vita del debitore, ma valutò questa non avvenuta riscossione in rapporto alle richieste giudiziali del Cannoniere e vi riscontrò i caratteri di una remissione anno per anno fatta a favore del debitore delle annualità, mediante la quale questi, e con lui i suoi eredi, rimasero prosciolti dall'obbligo di corrisponderle e per effetto della quale venne a mancare ogni base giuridica alle richieste stesse.

Da ciò consegue:

a) che non regge l'accusa di contraddizione, poichè la sentenza impugnata, avendo ravvisato nella non richiesta esazione delle annualità in vita dello Scarabelli un abbandono di esse da parte del Cannoniere, escluse ogni legame tra questo fatto ed il supposto impegno a non esigere; e non vi è cenno alcuno nella motivazione da accreditare la suesposta censura, di avere invece ritenuto che il Cannoniere abbia, non esigendo, data esecuzione ad un impegno dichiarato inesistente;

b) che la sentenza impugnata non creò una ipotesi legalle di estinzione dell'obbligazione mediante remissione in aggiunta a quelle prevedute nell'art. 1279 Codice civile; ed è invece un errore del ricorrente Cannoniere voler dedurre da questa disposizione un limite a riconoscere in altri casi avvenuta la liberazione del debitore con la remissione, quando questa possa esser provata nei modi consentiti dalla legge;

c) che avendo nelle specie la Corte di merito argomentato l'abbandono delle annualità e la remissione al debitore da un fatto fuori di ogni discussione ed acquisito alla causa per le ammessioni delle parti nel modo più

completo e con la più desiderabile certezza, cioè la non richiesta esazione, ben potè la Corte medesima, senza incorrere nella violazione dell'art. 1350 Codice civile, valersi di presunzioni, e specialmente di quella nascente dalla mancanza di qualsiasi accordo, contro gli effetti della quinquennale, nell'intento non già di accertare il fatto, ma di spiegarne la portata e di accertarne il significato nel senso di aver voluto con esso produrre la liberazione del debitore.

Per un tale intento la dottrina e la giurisprudenza deflettono dal rigore contro l'ammissione della prova testimoniale e delle presunzioni, sicchè con esse si può ricercare la volontà dei contraenti anche in un atto pubblico, e, per stare più vicino alla causa, si può ricercare ad esempio nella lacerazione di un titolo di credito la volontà di rimettere la obbligazione in esso consegnata o di significare la fiducia nella adempienza del debitore.

Osserva che la ragione, per la quale la sentenza bolognese ritenne la nullità di una rinuncia anticipata del Cannoniere ad esigere le annualità di rendita, e quando il credito era da sorgere, rinuncia che disse non esistita, non occorre per escludere e trarre nel nulla la rinuncia o l'abbandono di ciascuna annualità già maturata (articolo 2107 Codice civile).

L'interesse pubblico non poteva altro dimandare se non il decorso sostentamento della famiglia militare anno per anno sull'annualità, che in ciascun anno cadeva, e la remissione dell'annualità scaduta implica che la destinazione a cui doveva servire era già per altra via raggiunta, e che l'annualità stessa era divenuta un credito privato dell'ufficiale Cannoniere, in ordine al quale gli fu lecito ogni atto di disposizione, remissione compresa, quando per il sopraggiungere della scadenza gli fu possibile.

Le considerazioni che guidarono nel suo pronunziato la Corte bolognese collimano con le esposte osservazioni e giovano a difenderla contro le censure del ricorso Cannoniere, che con l'altro della vedova Toldo dev'essere respinto.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 maggio 1907, n. 385

Caselli *Pres.* — Palladino *Est.*

De Bernardi (avv. *L. Ara*) contro Quidacciolin (avv. *G. Pala*).

Non è possibile compensazione fra colpa aquiliana e colpa contrattuale (1).

La Corte, ecc. — Osserva *in fatto*. Tra Quidacciolin Giovanni, De Bernardi Eugenio e il signor Massa Giambattista erano stabilite queste intelligenze: Massa residente in Genova ritirava effetti concessi da Quidacciolin e girati dal De Bernardi, li scontava, e, per mezzo dello stesso De Bernardi, Quidacciolin riceveva il denaro ricavato dallo sconto; Quidacciolin poi doveva inviare del sughero al Massa, che lo vendeva e si rivaleva del denaro rimesso.

Nel dicembre 1890 De Bernardi ritirò da Quidacciolin due effetti cambiarii di L. 5000 ciascuno, che dovevano servire pel rinnovo di quelli scaduti nel precedente novembre e che dovevano essere girati al Massa per lo sconto. Se non che De Bernardi li trattenne presso di sè e nel marzo 1899 si prevalse di uno di essi per procedere, come fece, al pignoramento di una quantità di sughero, che trovavasi nella stazione ferroviaria di Nuoro con destinazione per continente.

Di qui sorsero una querela di Quidacciolin ed un giudizio penale sotto l'imputazione di falso in cambiale contro De Bernardi, definiti con sentenza 5 febbraio 1902 di proscioglimento per inesistenza di reato, avenendo ritenuto il Tribunale di Nuoro che il

---

(1) Sulla compensazione, in genere, delle colpe veggasi ciò che scrisse A. ZEVI in questa Raccolta, anno 1904, pag. 412-419, annotando la sentenza 26 luglio 1904, dell'A. Roma, est. BUCELLI. L'A. Palermo 9 marzo 1907, *Foro sic.* 1907, 170, ha ritenuto che l'altrui colpa precedente non dirime la colpa posteriore; può esservi concausa o diminuzione di responsabilità, ma non già compensazione delle colpe a completa esenzione di responsabilità civile. Pure in ordine all'argomento che trattiamo si consulti l'altra sentenza 27 marzo 1906 dell A. Roma, est. MENICHINI (in questa Raccolta, 1906, pag. 233), e la nota di C. ZUC[illegible]NI alla decisione 27 novembre 1905 della Cassazione Firenze, *Temi*, 1906, 14[illegible]. Da ultimo: Cassazione Firenze 23 maggio 1907, *Temi*, 1907, 534.

falso non risultava materialmente provato e che il De Bernardi non aveva agito con dolo e col proposito di nuocere al Quidacciolin.

In seguito Quidacciolin con citazione 16 marzo 1903 trasse in giudizio il De Bernardi, ed assumendo che questi, come aveva sempre ammesso, non aveva alcun credito verso di lui, e che per ciò abusivamente aveva usato della cambiale, chiese che, previa dichiarazione di revoca del pignoramento, eseguito senza causa, fosse il convenuto De Bernardi condannato ai danni morali e materiali.

Questa dimanda sortì buon esito dinanzi all'adito Tribunale di Nuoro e dinanzi la Corte di Cagliari, che con sentenza 28 dicembre 1905 confermò il pronunciato dei primi giudici, senza attender alla prova testimoniale dedotta dal De Bernardi in grado di appello diretta a stabilire che Quidacciolin, contrariamente alle intelligenze corse, aveva nel dic. 1890 spedito sughero ad una ditta in Genova, che non era il Massa, perchè siffatta prova avrebbe potuto esaurirsi in sede di liquidazione.

De Bernardi ha prodotto ricorso per annullamento contro la sentenza della Corte cagliaritana.....

Sul III mezzo, la sentenza impugnata versò sull'applicabilità della teoria della compensazione della colpa in via d'ipotesi, non ritenendo in colpa il Guidacciolin, ed è chiaro perciò che alla pretesa del ricorrente di sfuggire alla responsabilità pei danni manca il correlativo supposto della responsabilità del danneggiato, e sarebbe ciò sufficiente per astenersi da altro esame. Senonchè la Corte di merito adduce anche altre ragioni apprezzabilissime sotto il profilo della ipotizzata colpa del Quidacciolin, in quanto che dapprima con valutazione insensurabile escluse che vi fosse equivalenza agli effetti della compensazione tra la colpa reale ed esistente del ricevente e quella soltanto supposta del Quidacciolin, e di poi negò la possibilità di una compensazione e quindi la propugnata elisione della responsabilità in un caso in cui si sarebbero trovate a fronte due colpe di diversa natura, quella contrattuale a carico di Quidacciolin per avere disposto del sughero contravvenendo agli impegni assunti, e quella dipendente da un quasi delitto a carico del De Bernardi: due colpe cioè nelle quali l'equivalenza esula, poichè la responsabilità che risulta da quasi delitto è più severa e rigorosa di quella di cui è tenuto il debitore obbligato in virtù di convenzione, e che è regolata dall'art. 1224 c. c. Mentre così risulta che la sentenza resiste alle doglianze accennanti a violazioni di legge, dà poi la confutazione più categorica al preteso difetto di motivazione sull'influenza della colpa del resistente, sia perchè cessava l'obbligo di fare alcun apprezzamento su ciò che disse inesistente, sia perchè in ogni modo un tale apprezzamento, come si è notato, si fece ed ebbe per risultato che la colpa del Quidacciolin era irrilevante al confronto di colpa maggiore.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 maggio 1907 n. 384

Pagano *Pres.* — Corbo *Est.*

Ministero dei lavori pubblici (avv. erariale *Silvestri*) contro Sipari (avv. *C. De Benedetti*).

E' risarcibile anche un temporaneo danneggiamento derivato alla proprietà del privato dalla esecuzione di un'opera pubblica (1).

Però l'autorità giudiziaria è competente solo a giudicare se il danno lamentato abbia causa diretta ed esclusiva dalle opere che la pubblica amministrazione ha fatte eseguire, ma non può l'autorità stessa conoscere della bontà o meno delle opere e della esistenza o no di colpa nella loro esecuzione (2).

(1-2) Giurisprudenza costante. Cfr. stessa Cass. Roma nella decisione 7 aprile 1906, est. NIUTTA, in questa Raccolta, 1906, pag. 266, con nota, e Cass. Torino 9 maggio 1904, *Mon. trib*, 1904, 726. Vedi anche A. Venezia 26 febbraio 1907, *Giur. ital.* 1907, 1, 2 499, in caso di transito divenuto più pericoloso e difficile in seguito all'esecuzione di un'opera pubblica. Questa decisione della Corte veneta è notevole per avere inoltre giudicato che la prescrizione decennale, di cui all'art. 2137 Cod. civile, non è applicabile all'azione pel conseguimento dell'indennità dovuta per espropriazione a causa di pubblica utilità.

Sempre in materia di espropriazione per utilità

La Corte, a Sezioni unite, ecc. — E' canone del nostro diritto privato che nessuno può essere costretto a cedere la sua proprietà, od a permettere che altri ne faccia uso, se non per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata e premesso il pagamento di una giusta indennità (art. 438 cod. civile).

E partendo da questo concetto il legislatore nell'art. 46 della legge 25 giugno 1865 sull'espropriazione per causa di utilità pubblica ha creduto indispensabile di dichiarare che è dovuta un'indennità ai proprietari dei fondi, i quali dalla esecuzione dell'opera pubblica vengano gravati di servitù, o vengano a soffrire un danno *permanente*, derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto.

Questa disposizione scritta a favore dei proprietari non espropriati è certamente applicabile anche al caso di un *temporaneo danneggiamento*, come sarebbero appunto le lamentate inondazioni avvenute replicatamente nei fondi dei Sipari; perchè una tale ipotesi, quantunque non letteralmente espressa nel testo della legge, essendo però consentanea al principio che regola il diritto di proprietà, vi deve essere compresa giusta la mente del legislatore: *ubi eadem est legis ratio, eadem est legis dispositio*.

Ma, sia permanente o temporaneo il danno cagionato da un'opera eseguita per pubblico vantaggio, non può mai dubitarsi che le azioni dirette a conseguire la giusta indennità non siano di esclusiva competenza giudiziaria, perchè in tutti i casi, in cui si chiede il risarcimento per la proprietà diminuita o perduta, si rimane sempre entro il dominio del puro diritto privato patrimoniale, la cui tutela spetta esclusivamente alla giurisdizione ordinaria, giusta il disposto degli art. 2 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo.

Se non che, per non oltrepassare cotesto dominio e non invadere il campo dell'autorità aministrativa, è indispensabile che la controversia rimanga circoscritta alla indagine se il danno lamentato dal privato abbia avuto causa diretta ed esclusiva dalle opere fatte eseguire dalla pubblica amministrazione, senza entrare in alcuna disamina sulla bontà o meno della costruzione e sui criteri tecnici che l'Amministrazione stessa ha creduto di adottare per provvedere all'interesse generale.

Questa massima, proclamata costantemente da questo Supremo Collegio ed applicabile in tesi generale ogni qualvolta si chiede il risarcimento di danni che si assumono derivanti dall'opera di utilità pubblica eseguita sia nell'acqua o sulla terra, pel regime di un fiume, ovvero per la sistemazione di una strada o per altri fini d'interesse collettivo, è stata dal legislatore esplicitamente sanzionata in alcuni casi speciali.

E difatti l'art. 2 del testo unico della legge intorno alle opere idrauliche, approvato con R. D. 25 luglio 1904, mentre dispone che spetta esclusivamente all'autorità amministrativa lo statuire o provvedere, anche in caso di contestazione, sulle opere di qualunque natura e in generale sugli usi, atti o fatti, anche consuetudinari, che possono avere relazione col buon regime delle acque pubbliche, con la difesa o conservazione delle sponde, ecc., riserva la cognizione per il risarcimento dei danni ai giudici ordinari.

E così parimenti l'art. 53 dello stesso testo unico, mentre attribuisce all'autorità amministrativa la risoluzione delle questioni tecniche che insorgessero circa la esecuzione delle opere eseguite dai privati per semplice difesa aderenti alle sponde dei loro beni, lascia alle parti, che si credessero lese dall'esecuzione di tali opere, di ricorrere ai tribunali ordinari per esperire le loro ragioni. E così finalmente l'articolo 15 del testo unico della legge sulle bonificazioni delle paludi e dei terreni paludosi, approvato con R. D. 22 marzo 1900, mentre dispone che appartiene alla sola autorità amministrativa, escluso qualsiasi intervento dell'autorità giudiziaria, il riconoscere, anche in caso di contestazione, se i lavori rispondano allo scopo cui debbono servire, alle esigenze tecniche ed alle buone regole dell'arte.

---

pubblica segnaliamo la sentenza 1 maggio 1907 dell'A Brescia, est. APPIANI, con la quale fu stabilita la seguente massima: «La facoltà, concessa dall'art. 23 della legge 25 giugno 1865 ai proprietari espropriati, di chiedere che l'espropriazione sia estesa anche alle frazioni residue degli edifizi e terreni che non potrebbero più avere un'utile destinazione, deve essere esercitata mediante opposizione al piano particolareggiato nel termine stabilito dall'art. 18 della stessa legge, ed è quindi inattendibile la domanda che ne sia fatta avanti l'autorità giudiziaria nel giudizio per la determinazione dell'indennità (*Foro Ital.* 1907, 1, 898) ».

prevede il caso che vi fosse ragione a risarcimento di danni dipendenti dall'esecuzione o dall'esercizio delle opere, ed ammette implicitamente che il giudizio dell'*an debeatur* sia devoluto alla competenza del magistrato ordinario, poichè deferisce alla Commissione arbitramentale soltanto la determinazione del *quantum debeatur*.

Posto ciò, si rendono sempre più chiare ed evidenti le due proposizioni già enunciate superiormente, e cioè: che il dovere dello Stato di riparare il danno deriva dalla legge ed è correlativo al diritto del privato di essere indennizzato della perdita totale o parziale della sua proprietà, e che a determinare la competenza dell'autorità giudiziaria basta che il lamentato danno sia conseguenza diretta ed esclusiva dell'opera pubblica, indipendentemente dal modo come la stessa opera è eseguita o viene mantenuta.

E queste due proposizioni contengono i criteri fondamentali alla cui stregua vanno risolute le questioni che insorgono intorno alla natura del danneggiamento ed alla competenza dell'autorità che deve deciderle.

In applicazione quindi di cotesti criteri, giusta la costante giurisprudenza di questa Corte, ne consegue che, qualora i danni avessero potuto in concreto verificarsi anche se l'opera pubblica non fosse stata eseguita, non competerebbe alcun risarcimento al privato, perchè mancherebbe ogni rapporto di causalità tra l'opera stessa ed i danni lamentati. E così parimenti nessun risarcimento potrebbe competere a chi pretendesse di essere stato leso da un fatto colposo della amministrazione pubblica nella costruzione o nell'esercizio dell'opera, poichè in tale ipotesi si verrebbe al risultato che per derimere la controversia l'autorità giudiziaria dovrebbe giudicare se l'opera risponda alle esigenze tecniche ed alle buone regole dell'arte, ed invadere conseguentemente le attribuzioni devolute esclusivamente all'autorità amministrativa.

A dar vita dunque all'azione di danni, tanto in base all'art. 46 della legge sulla espropriazione per causa di utilità pubblica, quanto in virtù degli altri articoli sopra menzionati, bisogna prescindere assolutamente dal come l'opera pubblica fu eseguita e mantenuta.

E se si pretende che i danni siano invece derivati da un fatto di commissione od omissione dell'amministrazione pubblica, l'azione deve essere dichiarata improponibile, essendo l'autorità giudiziaria incompetente a sindacare il fatto che si addebita alla pubblica amministrazione.

Or la denunciata sentenza, non avendo seguito cotesti criteri giuridici, più volte additati in casi analoghi da questa Suprema Corte, cadde in errore, quando in base agli articoli 1151 e 1152 cod. civ., ritenne nei considerando proponibile l'azione con la quale i Sipari avevano chiesto il risarcimento dei danni cagionati dal fatto colposo dell'amministrazione pubblica, e quando ai fini ed agli effetti dei detti articoli ammise col dispositivo la perizia per accertare la causale dei lamentati danni.

Ed avendo così il Tribunale mal giudicato, ne viene la conseguenza che non era applicabile l'art. 82 cod. proc. civ., che sancisce la speciale competenza del pretore in tema di *damnum iniuria datum*.

L'impugnata sentenza, dunque, deve essere cassata per aver riconosciuto la proponibilità dell'azione di danni fondata sulla colpa dell'amministrazione pubblica, e per aver quindi giudicato come giudice di primo grado, ritenendo competente il pretore ai sensi dell'art. 82 cod. proc. civile.

Ma siccome gli attori mutarono il fondamento della loro azione e dedussero che causa unica ed immediata della inondazione, e quindi dei danni, erano stati i lavori di bonifica, senza i quali i danni stessi non si sarebbero verificati, così fa d'uopo rinviare gli atti allo stesso Tribunale, perchè giudichi in primo grado se effettivamente, a senso e nei limiti dell'art. 46 della legge sulla espropriazione per causa di utilità pubblica e dello art. 15 del testo unico della legge sulle bonificazioni, l'opera pubblica di cui trattasi sia stata cagione diretta ed esclusiva dei lamentati danni.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

7 maggio 1907 n. 401

Basile *Pres.* — Cerza *Est.*

Cassa Nazionale Infortuni (avv *R. D'Andrea*) contro Palma (avv. *G. Rivaroli*).

Il credito della indennità per infortunio sul lavoro non è nè pignorabile, nè cedibile, nè

compensabile col debito dell'operaio, da qualunque causa questo provenga, anche per spese del giudizio di liquidazione della indennità (1).

La Corte ecc. — Il ricorso in esame va respinto, essendo del tutto infondati i due mezzi sui quali si basa, e che in sostanza si riassumono nel difetto di motivazione e nel preteso errore giuridico di aver annoverata la indennità d'infortunio fra i crediti alimentari.

E, di vero, non sussiste il difetto di motivazione, che si fa consistere principalmente nel non aver la Corte di merito discussa la deduzione della Cassa Nazionale di assicurazione, che la indennità d'infortunio e le spese di lite non sieno due cose distinte, ma costituiscano un titolo unico, per modo che la indennità non possa considerarsi indipendentemente dalle spese occorse per la sua liquidazione giudiziale, perchè la Corte ha implicitamente discussa la cennata deduzione quando ha ritenuto che la indennità dovuta allo infortunato e le spese attribuite all'istituto assicuratore costituiscono due distinti crediti fra loro non compensabili. Ed è oramai ammesso in dottrina e in giurisprudenza che la motivazione di una sentenza può essere anche implicita, come del pari è ammesso che non è obbligato il magistrato a confutare tutti gli argomenti addotti dalle parti e basta che dia una dimostrazione completa e chiara della pronunzia emessa, la quale dimostrazione, come rilevasi dalla semplice lettura della denunziata sentenza, nel caso concreto, non manca.

Che pure è insussistente il preteso errore giudiziario innanzi accennato, perchè, trovandosi tassativamente disposto nella legge per gl'infortuni degli operai sul lavoro che il credito della indennità o della rendita non può essere ceduto, nè pignorato, nè sequestrato e gode del privilegio inscritto al n. 6 dell'articolo 1958 cod. civ. sui valori depositati a cautela del relativo pagamento, si rileva chiaro il concetto del legislatore, che cioè l'indennità supplisce il salario, che è il mezzo di sussistenza dell'operaio ed ha i caratteri degli assegni alimentari; e non è, quindi, compensabile, a norma del n. 3 dell'art. 1289 cod. civ., col debito dell'operaio, da qualunque causa esso provenga. E bene osservarono i magistrati di merito che la disposizione contenuta nell'art. 16 dalla legge sugli infortuni ha avvalorato maggiormente il principio della impignorabilità e della non compensazione, col non riprodurre, nè richiamare la disposizione dell'art. 592 cod. proc. civile che permette il pignoramento degli assegni alimentari in certi casi, per una determinata porzione, e con l'autorizzazione del magistrato. La detta legge speciale non ammette altra detrazione della indennità all'infuori di quanto sia stato antecedentemente pagato a titolo di provvisionale, ed il caso speciale dell'arbitrato medico di cui è parola nell'art. 115 del regolamento 13 marzo 1904, per cui è chiamato il presidente del Tribunale a stabilire in quali proporzioni il compenso dei medici debba stare a carico dell'Istituto assicuratore e dell'operaio, è un caso contemplato pel fatto determinato dell'arbitrato, e la relativa disposizione non può applicarsi od estendersi a fatti e casi diversi.

Che infine erroneamente si dice violato lo art. 370 del cod. proc. civ., perchè la Corte di merito non ha negato il diritto della rivalsa delle spese poste a carico del soccombente, ma ha ritenuto che il credito delle stesse non possa compensarsi con la indennità d'infortunio, che tien luogo di salario, e costituisce il principale cespite alimentare dell'operaio infortunato.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

7 maggio 1907 n. 403

Basile *Pres.* — Lago *Est.*

Falchi (avv. *P. Pietri*) contro Scarpa (avv. *G. Pala*).

La data scritta immediatamente dopo il dispositivo della sentenza e seguita dalle firme dei giudici deve considerarsi quale data della pronunzia della sentenza stessa, se

---

(1) Cons. la nota della *Giurisprudenza italiana*, anno corr., 1, 1, 821-824. Che il credito dell'indennità abbia carattere di assegno alimentare fu anche riconosciuto dalla dottrina (v. AGNELLI, *Commento alla legge sugl'infortuni*, 1905, n. 377, p. 351); da ciò, data l'insequestrabilità del credito, discendeva come corollario l'applicabilità alla specie dell'art. 1289 n. 3 Cod. civile; e però deve dirsi che la sentenza ha giustamente interpretato e applicato la legge.

pur non si sia adoperata la formola « pronunziata o decisa in camera di consiglio » od altra formola equivalente (1).

Il riscatto si attua ed opera con la semplice, ma seria dichiarazione di voler riscattare il fondo venduto, emessa dentro il termine stabilito e resa nota al compratore, quantunque non si sborsi contemporaneamente il prezzo del riscatto (2).

La prova di aver dichiarato la volontà di riscattare non occorre risulti da atto pubblico o scrittura privata, ma può darsi con tutti i mezzi di legge e, quindi, anche con testimoni, quando il valore non superi le 500 lire, mentre, se il valore è maggiore, la prova testimoniale è ammissibile soltanto se concorra un principio di prova per iscritto (3).

Il principio di prova per iscritto può risultare dalle risposte date ad un interrogatorio (4).

La Corte ecc. — Col primo motivo si è dedotta la nullità della sentenza perchè porta semplicemente la data: « Cagliari 15 febbraio 1905 », che precede le firme, senza l'indicazione che sia stata pronunziata in camera di consiglio; e, potendo tal data anche riferirsi all'apposizione delle firme, ciò che sarebbe cosa diversa, si dicono violati gli art. 360 n. 8, 361 n. 2 cod. proc. civ. e 266 regolamento giudiziario.

E' troppo evidente la insussistenza dell'eccepita nullità. La data scritta immediatamente dopo il dispositivo della sentenza, senza interruzione, seguita dalle firme dei giudicanti, e considerata in rapporto all'intestazione e a tutto il corpo della sentenza, non può lasciar luogo a dubbio che fu apposta per rappresentare la data della pronunciazione della sentenza, stata dopo pubblicata all'udienza del 23 febbraio 1905. Le parole « pronunziata nella camera di consiglio od alla udienza » non sono sacramentali; e anche la loro omissioine, senza aggiunta di altro equipollente, come resa, decisa ecc., non può esser giudicata causa di nullità della sentenza, quando, come nella specie, è giudizio di fatto, suggerito dalle circostanze concomitanti e concordanti, che a quella data la sentenza fu effettivamente pronunziata nel senso legale.

Egualmente deve essere rigettato il quinto mezzo, di violazione degli art. 1517-1519 cod. civ., in quanto la perentorietà del termine dovesse intendersi solo in relazione all'art. 1516 e non possa la proroga oltrepassare il quinquennio e sia vietato unicamente al giudice e non alla parte, che entro il termine deve essere libera, di prorogare il riscatto e di dilazionare il pagamento del prezzo. Ma, a parte che le due ipotesi non possono essere pareggiate, i termini in cui sono scritti i detti articoli, quanto al riscatto, sono troppo categorici per permettere una interpretazione estensiva. L'abrogazione fatta dal codice italiano dell'art. 1506 codice Albertino, che riservava al tribunale, entro certe limitazioni, la facoltà di prorogare il

(1) La Cass. Roma 26 maggio 1906, est. SETTI (in questa raccolta, 1907, pag. 5, con nota), si occupò di un caso consimile, nel quale, però all'indicazione della città, ove la sentenza era stata pronunziata, seguiva anche l'altra enunciazione « in Camera di consiglio ».

Cfr. anche, in materia di data, la decisione 1. maggio 1906 della stessa Cass. Roma, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 313,

(2) Nell'annotare in questa Raccolta, anno 1906, pag. 317, la contraria sentenza 18 maggio 1906, est. LA TERZA, dello stesso Collegio Supremo rilevammo che il principio oggi affermato è quello condiviso dalla prevalente dottrina e giurisprudenza. Cfr. anche nota in *Temi*, 1907, pagina 657, e da ultimo stessa Cass. Roma 15 marzo 1907, est. NATALE, in *Cass. unica civ.* 1907, 362. Avvertiamo poi, ad utilità dei lettori, che l'A. Palermo 4 marzo 1907, *Foro sic*. 1907, 172, ha ritenuto la seguente massima: « Il venditore con patto di riscatto, se l'acquirente vendette ad altri il fondo, deve promuovere il riscatto contro quest'ultimo, e non può, invece, senza far cosa nulla, ottenere la sentenza di riscatto contro il primo compratore ed eseguirla quindi contro il possessore ».

(3) Per la necessità dell'atto scritto: Cass. Palermo 9 giugno 1896, *Foro ital.* 1896, 1, 1031; A. Casale 3 marzo 1897, *id.* 1897, 1, 1115; LESSONA, *Teoria delle prove*, 2. edizione, *Prova scritta*. Reputano non necessario l'atto scritto: Cass. Napoli 12 aprile 1901, *Foro ital.* 1901 1, 865; Cass. Palermo 24 luglio 1897, *Circ. giur.* 1897, 264; A. Torino 30 giugno 1903, *Giurisprudenza torinese*, 1903, 1311.

Cfr. anche BONELLI, in *Foro italiano*, 1895. 1, 591.

(4) Cons. stessa Cass. Roma 15 febbraio 1897, *Giur. ital.* 1897, 1, 1, 211.

termine del riscatto, e l'interesse pubblico, che richiede che non troppo duri una incertezza che non può non esser dannosa alla agricoltura ed al commercio, respingono in modo assoluto l'argomentazione inchiusa in questo mezzo e non consentono che il patto di riscatto possa essere prorogato se non per via di nuovo contratto di riscatto formalmente acconsentito con nuovo titolo distinto dal primo, che rimane di pieno diritto risoluto.

E questa considerazione ci ha portati senz'altro nel centro della valutazione dei tre mezzi dedotti, i quali tutti devono essere accolti e che determinano l'annullamento della sentenza.

E per verità ben disse il ricorrente che la legge all'art. 1515 definisce il riscatto convenzionale, e non impone nè atto pubblico, nè prova scritta per esercitarlo o mandare ad effetto la riserva concordata di riprendere la cosa venduta, e che la ripresa dello stabile, per la corrispettività propria dei contratti bilaterali, deve essere non solo successiva al riscatto eseguito, ma anche contemporanea alla restituzione del prezzo e rimborso di cui all'art. 1528, perchè logicamente è l'effetto del riscatto eseguito, e non causa o condizione concomitante la dichiarazione del venditore di volere esercitare il riscatto.

Il riscatto convenzionale è una facoltà che si attua dal venditore o da chi per esso con la semplice dichiarazione di voler riscattare il fondo venduto, fatta dentro il termine e resa nota al compratore.

Certamente la dichiarazione di volontà deve essere seria: ma, intendiamoci, non nel senso che disse la sentenza impugnata con le parole: « non sarà in ogni modo mai serio il concedere che basti ad operare il riscatto la semplice dichiarazione di volerlo effettuare, quando essa non solo non è seguita dall'adempimento degli obblighi imposti dall'art. 1528 cod. civ., ma è contraddetta dalla impossibilità di effettuarlo, manifestata nello stesso istante in cui si dice di voler usare del patto di riscatto », ma sì bene nel senso che non sia una semplice volizione campata in aria, senza volontà di rearce un rapporto giuridico, una volontà qualunque indifferente allo scopo del diritto.

E' a ritenersi seria quella volontà che abbia il contenuto giuridico di mandare ad effetto la riserva, privatamente intesa coll'atto di vendita, di riprendersi il fondo venduto.

Per effetto del fatto di questa manifestazione di volontà, di pien diritto è risoluto il contratto; e, nello stesso istante, di ragione, senza bisogno di altro atto di rivendita o di pronuncia di giudice, la proprietà ritorna all'antico proprietario come se la prima vendita non fosse mai avvenuta.

Se dopo scaduti i termini saranno ritardati o la restituzione del prezzo od i rimborsi dell'art. 1528 sarà il riscattante un debitore moroso, che potrà essere dal suo creditore costretto con tutti i mezzi legali a pagare il prezzo ed i rimborsi dovuti per essere lo stabile di piendiritto ritornato nel suo dominio, ed egli potrà ritenerlo se in suo possesso sino a che venga pagato; ma tutto ciò sarà conseguenza, effetto, non condizione del riscatto.

Se il compratore voleva essere maggiormente cautelato, doveva pensarci in tempo ed espressamente pattuire sia la contemporanea restituzione del prezzo e degli eventuali rimborsi, sia le speciali modalità che dovessero accompagnare la dichiarazione di riscatto, quella cioè che dovesse egli solo riscattare escludendo qualsiasi altra persona; e, tutto ciò risultando dal patto originario, diveniva garanzia nota ed utile anche ai terzi cui si dirige qualsiasi atto di vendita immobiliare.

In mancanza di queste previdenti cautele, il compratore si è rimesso a quelle sole portate della legge; e imputi a sè stesso la jattura, tanto più che credette persino di abbandonare la garanzia del possesso, che espressamente ha lasciato al venditore, privandosi del diritto di ritenzione sino a completo pagamento di ogni avere dipendente dal riscatto, e se volontariamente ha rinunziato al mezzo più efficace di garanzia che la legge somministra al compratore per ricuperare quello che è il corrispettivo della vendita risoluta di pieno diritto

La giurisprudenza, perciò, che fa consistere la serietà del riscatto o nella contemporanea offerta del prezzo e dipendenze, ovvero anche, semplicemente nella generica capacità e potere del riscattante di pagare contemporaneamente od a suo tempo il dovuto, come condizione dell'esperimento del riscatto, aggiunge alla legge, e confonde cose che la legge mantiene separate e distinte (articoli 1515 e 1528).

Se è vero che la condizione potestativa (*si voluero*) annulla il negozio giuridico perchè

è la negazione di ogni vincolo, ciò si verifica nella condizione sospensiva; ma nella condizione risolutiva, invece, si verifica il contrario, perchè il vincolo esiste sempre, e si risolve pel fatto della volontà manifestata, fatto che, dovendosi manifestare nel termine assegnato, ha in sè stesso quella limitazione di libertà che rappresenta il vincolo giuridico obbligatorio, e non mai è volontà illimitata, come sarebbe quella *si voluero* in qualunque tempo.

Giova dunque non equivocare; nello esercizio del riscatto si è in tema risolutivo e non sospensivo; l'avvenimento incerto consiste nella manifestazione entro termine della volontà di mettere in essere quel fatto che fu convenuto come risolutivo del contratto; sia esso semplice o sia complesso, quello che è essenziale è che sia conforme a quanto volontariamente fu convenuto; e non è serio voler aggiungere alla legge e pretendere garanzie che non sono state previste nè dalla legge nè dal contratto; il magistrato non deve presumere di essere più sapiente del legislatore.

Verificatosi l'evento, di pien diritto si verifica la risoluzione della vendita per effetto espressamente previsto dallo stesso contratto, senza bisogno di altri provvedimenti, nè contrattuali, nè giudiziali.

Il fatto della volontà di riscattare dichiarata da fratelli Falchi, entro termine, fatto persino accettato dalla controparte, doveva poter essere provato con tutti i mezzi, non vietati dalla legge; e nel caso, se per superare il valore di lire 500 non era ammessa la prova testimoniale, la stessa diventava ammissibile eccezionalmente per l'evidente concorso del principio di prova scritta emergente dall'interrogatorio dello Scarpa, le cui risposte personali basta leggerle per andar convinti essere tali da rendere verosimili i fatti *ex adverso calendati*, nè poteva ostarvi l'inscindibilità della confessione, la quale si vuole sostenere che operando per tutto il confessato debba a maggior ragione operare sopra ciò che è una sola parte del confessato, sul meno, e con impedire che possa rappresentare anche un solo principio di prova contraria a quello emergente dalla confessione; perchè è troppo noto che la legge d'iscindibilità della confessione come principio giuridico non deve essere applicata in contraddizione al suo scopo morale giuridico; e in conseguenza al deferente l'interrogatorio non deve essere interdetto di escludere, mercè prova diretta, quelle parti della risposta a lui contraria, quelle circostanze che hanno servito al rispondente per volgere in senso contrario le fatte ammissioni; solo a questo patto viene mantenuta l'uguaglianza tra i contendenti, che il diritto di provocare la confessione della parte avversa non potrebbe alterare senza contraddire a sè stesso; è un principio di equità che trasforma una obbligazione puramente morale, quale è quella di dichiarare la verità anche al proprio avversario, in obbligazione giuridica, civile; diversamente si verrebbe a creare un privilegio ingiustificato a favore del deferente e in danno dell'avversario.

Bene, dunque il ricorrente col terzo e quarto mezzo dedusse la violazione degli articoli 1344, 1341, 1347 cod. civ., in quanto la sentenza confuse la dichiarazione del riscatto colla proroga del pagamento del capitale e accessori divenuti dovuti a riscatto compiuto, ed ha applicato i principi delle inammissibilità della prova testimoniale, propri delle trasmissioni della proprietà immobiliare, laddove doveva invece applicare quelli riguardanti le obbligazioni in generale, respingendo le prove testimoniali dedotte in appello.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

10 giugno 1907, n. 509

Pugliese *Pres.* — Niutta *Est.*

Demanio (avv. erariale *D'Amelio*) contro Cifani ed altri.

Nel giudizio di esecuzione immobiliare è valido l'atto di appello, in cui sia fissato un termine a comparire, maggiore di giorni dieci (1).

---

(1) Nell'identico senso abbiamo due altre recentissime decisioni del locale Supremo Collegio, quella in data 13 aprile 1907, n. 321, e quella 12 luglio 1907, entrambe estese dal cons. CERZA (*Foro ital.* 1907, 1, 1110). Pure in conformità si veggano: Cass. Firenze 4 agosto 1904, *Temi* 1904, 809, con richiami; A. Bologna 6 novembre 1904 *id.* 1905, 204; A. Trani 26 maggio 1905, *Foro Puglie* 1905, 348, e, recentissima dell'A. Palermo 25 gennaio 1907, *Foro siciliano* 1907, 103; ecc.

La Corte ecc. — Osserva che il ricorso va senz'altro accolto; imperocchè la Corte di merito ha ritenuto essere termine perentorio quello fissato per la comparizione, entro 10 giorni, nell'articolo 703 cod. proc. civ., mentre non avvi alcuna disposizione di legge che commini la decadenza quando venisse assegnato un termine maggiore.

Che la decadenza debbesi ritenere esclusa per argomento in contrario di quanto è stabilito nell'articolo 153 dello stesso codice, il quale articolo, dichiarando espressamente di essere nulla la citazione a cui sia stato assegnato un termine minore di quello stabilito dalla legge, lascia chiaramente intendere che tale nullità non si verifichi nella diversa ipotesi dell'assegnazione di un termine maggiore.

Che la ragione della differenza apparisce manifesta, stantechè nel primo caso viene a mancare al convenuto il tempo ritenuto dalla stessa legge necessario perchè egli possa preparare la sua difesa, dove nel secondo caso altro inconveniente non può verificarsi se non quello di un soverchio prolungamento del giudizio; ed a tale inconveniente è sempre dato il poter rimediare coll'abbreviare o col ridursi a quello legale il termine della comparizione mediante una controcitazione ad istanza della parte.

Che per l'art. 56 cod. proc. civ. non si può pronunziare la nullità di alcun atto di citazione se la nullità non sia dichiarata dalla legge; nè coll'assegnarsi un termine maggiore di quello stabilito per legge alla comparizione viene a mancare alla citazione alcuno degli elementi essenziali per la validità di tale atto, in modo di poter trovare applicazione il primo capoverso di detto articolo, secondo il quale sono da ritenersi nulli quegli atti che manchino di qualcuno degli elementi che ne costituiscono l'essenza.

Che la Corte di merito ha accennato alla celerità necessaria nei giudizi di esecuzione per cui è stato dalla legge abbreviato anche il termine per la interposizione dell'appello; ma la Corte non ha avvertito che, se i termini per impugnare le sentenze sono perentori, un tale carattere non è dato ravvisare in quelli per la comparizione quando sieno più lunghi anzichè più brevi della misura fissata, non rinvenendosi per questo caso alcuna disposizione che ne stabilisca la nullità, e potendosi riparare anche nei giudizi esecutivi nel modo anzidetto all'inconveniente che sia, senza necessità, ritardata la spedizione della causa.

Che per le esposte considerazioni deve la denunziata sentenza annullarsi.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

22 giugno 1907, n. 544

Pugliese *Pres.* — Cosentini *Est.*

Scabbia (avv. *A. Venturini*) contro Chierici (avv. *G. Turbiglio*).

Se è vero che, riconosciuto il sequestro senza causa o abbandonatosi od annullatosi per inadempienza delle norme di rito, il creditore sequestrante può esser condannato al risarcimento dei danni, è pur vero, però, che non può aggiudicarsi alcuna somma in proposito, se non quando si dimostri che il danno sia veramente avvenuto (1).

La Corte, ecc. — In ambedue le ipotesi previste e regolate dagli articoli 933 e 935 del Codice civile, concernenti, la prima, la inefficacia del sequestro conservativo per l'inadempienza da parte del creditore sequestrante delle norme dettate dalla stessa legge civile per l'omologazione del sequestro, e l'altra riguardante il caso, in cui il sequestro venga revocato perchè riconosciuto senza causa, la legge dà al debitore, nel cui danno venne fatto il sequestro, il diritto al risarcimento dei danni derivatigli da quell'atto. Ma, poichè il diritto al risarcimento di un danno, come si avvera in tutti i casi di delitti o quasi delitti regolati dagli art. 1151 e 1152 del cod. civ., equivale al diritto ad una indennità adeguata agli effetti dannosi derivati dal sequestro ingiustamente eseguito, occorre come estre-

(1) E' stato giudicato che anche la condanna generica al risarcimento non costituisce titolo certo alla rivalsa dei danni, perchè dell'esistenza di questi occorre dar sempre la prova positiva nel giudizio di liquidazione (ved. la bell'opera del consigliere Tommaso MOSCA sulla *Colpa*).

Cfr., pel caso ora deciso con la sentenza qui pubblicata, l'A. Roma 28 giugno 1904, in questa Raccolta, 1904, pag. 403, e la nota che ivi la accompagna.

mo necessario che il danno vi sia, diversamente l'indennità, dovuta al debitore nel cui pregiudizio il sequestro venne fatto, si trasformerebbe in una penale a beneficio della parte, il che dalla legge non è consentito.

Che, avendo i giudici di merito desunto dai capitoli di prova testimoniale proposta dallo Scabbia e dagli altri atti della causa, che dal suddetto i danni si facevano consistere nel diminuito suo credito in conseguenza del sequestro conservativo, e ritenuto che il discredito lamentato dal Piccinini era al medesimo derivato dal giudizio penale per la condanna inflittagli in primo e secondo grado, e non dal sequestro che nulla aggiunse a quella condizione di cose già preesistente; ed avendo il Tribunale, per la suesposta ragione, esclusa l'esistenza del danno lamentato, — per tale incensurabile giudizio di fatto resta precluso l'adito ad ogni utile impugnazione della sentenza denunciata, imperocchè quando anche il Tribunale fosse incorso in errori nella sua motivazione sui principî di diritto, alla cui stregua dovevasi decidere la controversia, nessun interesse ha lo Scabbia di dolersene, mancandogli il fondamento giuridico della sua azione, qual'è l'esistenza di danni risarcibili.

Osserva che in conseguenza torna inutile intrattenersi sulle deduzioni del ricorrente concernenti le denunciate violazioni della legge, bastando a sorreggere la sentenza denunziata la sola motivazione in fatto, della quale si è già discorso. E soltanto giova, in ordine alla dedotta mancanza di motivazione, aggiungere che i giudici di merito, quantunque per l'esclusione dell'esistenza dei danni non ve ne fosse il bisogno, esaminarono in modo più che sufficiente la tesi sostenuta dallo Scabbia e la ritennero infondata, perchè non vi era stato da parte del Chierici abbandono del giudizio di convalidazione del sequestro che lo mettesse in condizione da dirsi in colpa per negligenza nei suoi rapporti giuridici con lo Scabbia.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

1 luglio 1907, n. 562

Pugliese *Pres.* — Palladino *Est.*

Verna (avv. *V. Riccio*) contro Colonzi (avvocato *S. Abignente*).

In materia di denunzia di nuova opera il provvedimento emesso dal pretore sul ricorso del denunziante senza citazione dell'altra parte è un semplice decreto, inappellabile, ma impugnabile nel successivo giudizio di merito (1).

Il provvedimento stesso ha carattere di sentenza, ed allora è appellabile sol quando il pretore lo abbia emanato in contraddittorio delle parti (2).

L'art. 939 Cod. proc. civile non vieta al pretore, in caso di denunzia di nuova opera o di danno temuto, di ordinare la chiamata per telegrafo della parte contro cui la denunzia è diretta (3).

(1-3) Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere inappellabile il provvedimento del Pretore nel giudizio di nuova opera quando fu emesso con decreto *inaudita altera parte*. Regna invece la più grande discordia circa l'appellabilità di tale provvedimento quando fu pronunziato con sentenza in contraddittorio. Agli autori e alle sentenze pro e contro l'appellabilità citati dal MATTIROLO (5. ediz., I, n. 320, in nota), possono aggiungersi: per l'appellabilità: A. Genova 21 dicembre 1899 (*Temi gen.* 1900, 58), C. Torino 27 ottobre 1899 (*Giur. Tor.*, 1899, 1491); per l'inappellabilità: C. Napoli 17 giugno 1899 (*Foro it.* 1899, I, 974), Trib. Napoli 16 ottobre 1899 (*Mov. giur.* 1899, 394).

Per la revocabilità poi di tale provvedimento da parte del giudice di merito stanno: MATTIROLO I, n. 321. MORTARA, *Appello civile*, nel *Digesto ital.* n. 451, e *Commentario* III, n. 660, PESCATORE, *Filosofia e dottrina giur.*, vol. I lib. 3, cap. 12 e 13. Trib. Patti 12 novembre 1904 (*Indici di giur. Modica*, 1905, 62). Contra: A. Aquila 3 maggio 1907 (*Foro it.*, 1907, I, 949).

Sempre in materia di denuncia di nuova opera (e di danno temuto) va ricordata un'altra recente sentenza della Cass. Roma, quella 28 luglio 1907, in *Rivista univ.*, 1907, 1, 466, con la quale sentenza fu ritenuto che, a riguardo di dette azioni, una volta che il pretore abbia dato i provvedimenti provvisori, cessa in lui la competenza speciale di cui all'art. 82, n. 3, Cod. proc. civile, ed il merito della causa dovrà decidersi dall'autorità competente per valore, giusta le norme di diritto comune. Tale massima, d'altronde, è ovvia, soprattutto di fronte all'art. 940 Cod. stesso; ma noi abbiamo creduto opportuno accennarla perchè in pratica viene bene spesso dimenticata e trascurata.

La Corte ecc. — Osserva che i ricorrenti hanno concentrato i loro attacchi contro la denunziata sentenza nella parte relativa alla ritenuta appellabilità della pronunzia del pretore di Bomba del 20 novembre 1905, ed hanno dichiarato di non insistere sul secondo mezzo, e ben a ragione, poichè il Tribunale, lungi dal meritare la censura di aver falsamente applicato e violato l'art. 698 Codice civile, ne fece la più corretta applicazione, quando in base allo stesso, non meno che in conformità dei principi generali, riprovò l'eccesso in cui era caduto il detto pretore, che aveva esorbitato dai limiti di quelle attribuzioni, che gli erano riconosciuti nell'inibizione; aveva dimenticato che il principale precetto sull'argomento è che le parti nel giudizio successivo sulla cotroversia principale abbiano *integras actiones*, e non aveva avvertito di avere invece con l'ordinata distruzione dei lavori denunciati pregiudicato siffattamente il merito da precludere il campo ad una futura discussione sulle ragioni delle parti null'altro rimanendo ad esaminare, dopo che sull'opera e sul diritto degli innovatori era venuta una disposizione, che poteva e può ritenersi giustificata soltanto nella illegittimità della prima e nell'esistenza del secondo.

Osserva sul primo mezzo che i ricorrenti hanno il torto di attribuire prevalenza alla forma del provvedimento pretoriale appellato, e di prescindere da ciò che esso fu in realtà per le disposizioni date e pel momento processuale in cui intervenne. La sentenza denunciata affermò, consentendo con la difesa del ricorrente, che il provvedimento reso dal pretore sul semplice ricorso per denunzia di nuova opera, senza citazione dell'altra parte, è un semplice decreto ed è inappellabile, ma non deve ritenersi che la parte non citata, contro siffatto decreto e contro le misure disposte dal pretore, rimanga senza tutela, poichè non altrimenti di quello che si verifica nell'istituto analogo del sequestro conservativo, la parte non citata potrà nel successivo giudizio sulla controversia fare al confronto del denunciante quella discussione che non ebbe modo ed agio di fare prima sull'ammessibilità dell'azione, ed ottenere, anche senza attendere lo svolgimento e l'esito della controversia, che può protrarsi per l'esigenze di mezzi istruttori, la revoca del decreto pretoriale, dimostrando che all'azione per denunzia di nuova opera iniziata col ricorso mancava o l'uno o l'altro od entrambi i requisiti indicati dall'articolo 698 Cod. civ., e cioè che i lavori erano già compiuti, o che era decorso l'anno dal loro incominciamento; ed al pretore, od altro magistrato che sia competente ulla controversia in merito, non sarà impedito dall'interloquire su questo speciale punto del dibattito (l'esperibilità dell'azione) prima non ventilato e tanto meno definito. Ed a questo concetto sono informate le prescizioni dell'art. 940 Cod. procedura civile per le notifiche del ricorso e del decreto, analoghe a quelle volute dall'art. 931 pel sequestro conservativo.

Segue da ciò che il decreto del pretore sul ricorso del denunciante, se è sottratto all'impugnativa dell'appello, non è sottratto alla discussione ed alla critica nel giudizio successivo, e può essere revocato per considerazioni non interessanti il merito; e non vuole omettersi che dopo la decisione del primo grado, con la quale siasi giudicato sulla controversia in merito e sui provvedimenti emanati dal pretore sul ricorso (continuazione o sospensione dell'opera denunciata, art. 698 Cod. civ.) è possibile un'ulteriore discussione in secondo grado sull'uno e sull'altro tema.

Se invece l'azione per denuncia di nuova opera per la citazione dell'altra parte, comunque avvenuta, per la iniziativa del denunciante o per ingiunzione del pretore, o per la comparsa della parte contraria, dà luogo al contraddittorio, se le statuizioni del pretore sulle istanze del denunciante sono emesse dopo che su quelle istanze siasi svolta una vera e propria discussione, e siasi impegnata disputa sull'ammissibilità dell'azione proposta e sul concorso dei suoi requisiti, allora quelle statuizioni, senza attendere alla loro esteriorità in quanto risolvono un punto controverso e consumano l'azione proposta, non possono essere altrimenti considerate che come *sentenza*, in riguardo alla quale negare il rimedio dell'appello è disconoscere un privilegio fondamentale delle vigenti leggi che siffatto rimedio consentono a tutte le sentenze di primo grado, perchè sulle istanze in esse decise abbia luogo l'esperimento di un secondo giudizio. Decreto sopra ricorso, e pronunzia in seguito a comparsa delle parti emanano dalla stessa potestà, e possono coincidere pei provvedimenti disposti; ma chi vuole stabilire tra loro un confronto ai fini dell'appellabilità deve guardarsi dalla loro parificazione che conduce a due salientissime incongruenze giuridiche, l'una dipenden-

te dal trascurare l'essenzialissima differenza che il decreto è steso sopra sommarie informazioni, e la pronunzia è preceduta dal contraddittorio, e l'altra derivante dalla condizione deteriore fatta alle parti nel caso della pronunzia, perchè non avrebbero contro la stessa quelle garanzie, che, per quanto si è sopra osservato, non mancano nel caso del decreto, e senza l'appellabilità al magistrato superiore non potrebbero proporre la questione sull'ammessibilità dell'azione per denunzia per essere stata risoluta; e nella specie il pretore di Bomba, che ritenne ammessibile l'azione proposta dai Verna per passare alle date provvidenze, non avrebbe potuto per l'ostacolo giuridico del *non bis in idem* rivedere il giudizio già reso sull'argomento.

Non giova ai ricorrenti Verna ripetere in questa sede quello che vanamente obbiettarono dinanzi al Tribunale, e cioè che nel giudizio presso la Pretura di Bomba non vi fu citazione dei fratelli Colonzi e non vi fu che la comparizione di un solo di essi; poichè, come risulta dal verbale di accesso 20 novembre 1905, per la comparizione del Colonzi Ettore sorse tra lui e i Verna, con l'assistenza dei rispettivi legali, disputa, il cui oggetto, per quanto si rileva dalle reciproche deduzioni consegnate in quel verbale, fu l'ammessibilità dell'azione, contestata dal Colonzi, che dedusse essere i lavori denunciati già compiuti, e poichè la pronuncia del pretore, intervenuta dopo che il giudizio assunse forma contenziosa e dopo aver considerato, a giustificazione delle disposizioni date, che non era a discutere sulla novità dell'opera, che a giudizio del perito non era ancor finita, non può essere qualificata altrimenti che come la qualificò il Tribunale, cioè come una vera sentenza suscettibile di essere impugnata col rimedio dell'appello.

La mancanza di citazione del Colonzi Nicolangelo, anche se in riguardo a lui non dovesse ritenersi di efficacia equivalente la chiamata telegrafica menzionata nel verbale di accesso, eseguita in osservanza dell'ordine contenuto nel decreto 19 novembre 1905, e quanto meno non vietata se non autorizzata dall'art.939, prima parte, Cod. proc. civ., non potrà mai aver l'effetto di attribuire alla pronunzia del 20 novembre stesso la natura ambigua di sentenza pel Colonzi intervenuto sul luogo dell'accesso e di decreto per l'altro Colonzi non citato, nè comparso, potendosi soltanto discutere sull'efficacia di questa pronunzia che ha i caratteri innegabili della sentenza in riguardo a chi fu estraneo nel giudizio.

Vero è bene che i ricorrenti negano affatto il rimedio dell'appello alla pronunzia del pretore anche nel caso in cui l'azione per la denuncia di nuova opera fu introdotta con citazione; ma senza dubbio l'avviso contrario seguito dal Tribunale è il più esatto. Infatti, più che una dimostrazione del loro assunto, ne è una dommatica affermazione quella con la quale si nega che la pronunzia del pretore sia una sentenza e si dice che sentenza è soltanto quella che viene profferita posteriormente sulla controversia principale di merito.

Altronde è con la legge stessa che si può ben rispondere che anche nelle istanze, che hanno carattere incidentale ed accessorio in riguardo alla controversia principale che esse pronunziano, le forme processuali, salvo espresse deroghe ed eccezioni, hanno la loro normale applicazione e possono avere uno svolgimento autonomo.

La legge ha con speciali disposizioni provveduto in ordine alla denunzia di nuova opera stabilendone la competenza sulla relativa azione (art. 82, n. 3 e 938 Cod. proc. civ.), tracciandone la procedura (citato art. 938 e segg. detto codice), fissandone i requisiti (698 Cod. civile), segnando i limiti dei poteri del giudice, e non vi è una parola, che in via diretta o indiretta riveli il pensiero del legislatore di voler privare l'azione medesima di una garenzia che è di applicazione generale in tutti i giudizi, nulla potendosi argomentar in contrario dalla procedura, che, aperta col ricorso, si chiude col decreto pretoriale, e che perciò nè inizialmente, nè successivamente si atteggia in forma contenziosa, nè dalla natura interinale e di urgenza dei provvedimenti dati, riscontrandosi più casi nel codice di rito, in cui ciò non ha impedito di accordare contro le pronunzie relative i mezzi d'impugnativa; e si può a conferma di questa proposizione richiamare così l'istituto analogo del sequestro conservativo, come l'altro istituto dello esame a futura memoria (art. 251 Codice proc. civ.), che danno luogo a provvedimenti provvisori preludenti ad una controversia principale e suscettivi degli stessi mezzi e degli stessi rimedi d'impugnativa, come la successiva sentenza sulla controversia principale.

Consegue dalle premesse osservazioni che il

Tribunale esattamente attribuì alla pronunzia appellata del pretore di Bomba il carattere e la qualifica di sentenza ed esattamente riconobbea i resistenti Colonzi il diritto di gravarsene con appello; e ciò a prescindere da una considerazione che basterebbe da sola a giustificare la conclusione, cui addivenne il Tribunale, e cioè che il pretore di Bomba non si limitò ad un provvedimento temporaneo o provvisorio, diretto a rendere *salva et tuta iura*, finchè non fossero definiti nel giudizio di merito, ma fece una punta in questo giudizio, pregiudicando i diritti da valutarsi ed apprezzarsi nello stesso, poichè ordinò il ripristino delle cose nel più breve termine possibile e la distruzione dei lavori denunciati, autorizzando anche i denuncianti Verna a sostituirsi in tale opera riparatrice, salvo rimborso delle spese. Vi fu anticipata ricognizione di quei diritti, che dovevano senza alcun pregiudizio essere riservati all'esame sulla controversia principale, per la quale aveva il pretore rinviato le parti: e l'appellabilità deve riconoscersi un mezzo necessario ad ovviare a questo pregiudizio per ristabilire l'uguaglianza delle parti in relazione alla causa sul merito.

Per questi motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

9 febbraio 1907 n. 39

Cardóna *Pres.* — Bonelli *Est.*

Tranzi (avv. *F. Savarese*) contro Cimadamore (avv. *G. Bruni*).

Le finestre aperte sul fondo del vicino sotto l'impero del diritto comune devono considerarsi aperte iure proprietatis *e non* iure servitutis, *e perciò il vicino che voglia soprelevare il suo edificio ha diritto di chiuderle* (1).

E quantunque tali finestre si siano conservate per oltre un trentennio sotto l'impero del Codice civile, non valgono a fare acquistare per prescrizione una servitù di luce o di prospetto, non essendo lecito ad alcuno d'invertire il titolo del proprio possesso (2).

L'azione negatoria servitutis *non si perde per prescrizione estintiva, ma solo per una contraria usucapione della servitù* (3).

La Corte, ecc. — Sebbene l'appellante Tranzi, seguendo la linea di condotta tenuta in primo grado, limiti la sua azione *negatoria servitutis* alla sola finestra prospiciente sul suo tetto, spiegando una semplice riserva in ordine a quelle prospicienti sul cortile, pur tuttavia, avendo i primi giudici ritenuto che la contestazione comprendeva anche le ultime, non essendo stata per tal capo la sentenza investita di gravame, è chiaro che, anche in questa sede, la materia del contendere deve abbracciare tanto l'una, quanto le altre.

E la questione dominante della causa sta nel vedere se le dette finestre, in quanto prospettino sul fondo del Tranzi, costituiscano o no ostacolo legale a che questi possa, sopraelevando la propria casa, oscurarle, senza osservare cioè la distanza prescritta dall'articolo 590 cod. civile.

Considerato che di fronte all'affermazione del Tranzi, che, se di tali finestre alcune, e tra le altre quella prospiciente sul suo tetto, esistevano prima del 1871, esse non possono costituire servitù perchè aperte *jure proprietatis* sotto l'impero del diritto comune, non furono e non possono essere suscettibili di ledere il suo diritto d'oscurarle fabbricando,

---

(1-3) In forza di una altrettanto radicata quanto erronea applicazione delle due leggi citate nella sentenza, si sta facendo in Roma una tale spietata e dannosa chiusura di finestre, che, per quanto non speriamo di far retrocedere la nostra giurisprudenza dalla via per la quale da lungo tempo si è messa e che, come la sentenza dice, costituisce oramai un *ius receptum*, tuttavia non crediamo inutile spendere in proposito qualche parola.

Nessun dubbio che per diritto romano puro si avesse facoltà di oscurare le finestre, che il vicino aveva aperto nel muro proprio; ma, intendiamoci bene, *oscurare*, non *otturare*. Infatti le locuzioni, usate dai giureconsulti romani, sono tali da escludere sempre la possibilità di un fatto che sarebbe stato contrario tanto alle leggi edilizie, quanto al rispetto dell'altrui proprietà; il quale non aveva ancora descritta quella parabola discendente che produsse più tardi la comunione coattiva del muro divisorio. Siffatte locuzioni indichiano chiaramente divisorio, siffatte locuzioni indel vicino si limitasse a poter costruire il muro proprio in modo da diminuire la luce alle finestre laterali del casamento prossimo, ma non già estendersi fino a murarne le finestre, appoggiando la propria fabbrica al muro divisorio. Infatti in tutte le leggi romane, in cui si tratta di tale argomento, si usano sempre le espressioni: *ob-*

la difesa dell'appellante oppone, anzitutto, mancare di base giuridica la nota distinzione tra finestre aperte *jure dominii* e finestre aperte *jure servitutis*.

Ma questo assunto ha contro di sè la giurisprudenza antica e recente, formatasi sui noti frammenti del diritto romano, par. 9 Dig. *de servitut. urb. praed.*, e par. 5 Dig. *si servitus vindicetur*, nel primo dei quali è detto che *cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio*, e nell'altro che in suo *alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat*.

Su tali testi si adagiò la teorica dominante, secondo la quale rientrava nel diritto del proprietario di un fondo l'apertura di qualsiasi luce o finestra nel muro costruito sulla linea di confine con un altro fondo, purchè non avesse immesso *aliquid* in questo, non ne avesse cioè con delle sporgenze occupato lo spazio saprastante. Se non vi era l'immissione, le finestre s'intendevano aperte *jure proprietatis*, e come il *dominus* era libero di aprirle, così il vicino, usando parimenti del suo diritto di proprietà, era libero di oscurarle fabbricando. Se, invece, *aliquid immissum fuerit*, si aveva la costituzione di una servitù, il cui esercizio protratto per un trentennio ne determinava l'acquisto *per usucapionem* facendo per conseguenza perdere al vicino la *facultas obscurandi*.

Egli è vero che sovente, anche mancando lo *immissum*, la servitù si argomentava da altri fatti e circostanze valevoli a farne presumere l'esistenza: ad es. dal tacito accordo, dalla vetustà del muro sul quale le fi-

scurare lumina o aedes (1), *officere luminibus* (2), *nocere lumini* (3), *impedire lumen* (4), *minuere lumen* (5), *efficere ut insula minus luminis habeat* (6), *lumina obscuriora facere* (7), ma non si dice mai otturare le finestre, *obstruere fenestras*, come nella L. 6. D. de S. P. U. 8. 2, in cui però il fatto dell'otturamento è opera del proprietario stesso e non già del vicino.

Il diritto romano, come abbiamo già accennato, ignorò la comunione coattiva del muro divisorio. L'articolo 556 del nostro codice è un portato del diritto consuetudinario francese, ed è desunto dall'art. 661 del Codice di Napoleone, che riproduce a sua volta l'articolo 195 della *Coutume de Paris* (8).

Le leggi delle XII tavole ordinavano che ogni casa dovesse avere un *ambitus* di due piedi e mezzo — *ambitus* (*parietum*) *sestertius pes* (*esto*) (9); onde il nome, frequentissimo nel Digesto di *insula* invece di *domus* o *aedes*.

Fu solo dopo l'incendio gallico che nella città disordinatamente ricostruita sorsero le nuove case a contatto l'una dell'altra (10), onde poi ebbe vita l'istituto giuridico del *paries communis*; ma tale comunione fu sempre convenzionale e non mai coattiva (11); ove non esisteva convenzione doveva sempre fra casa e casa lasciarsi una zona libera, che nel Digesto è indicata col nome di *legitimum spatium* (12), o *legitimus modus* (13), e nel Codice anche con quelli d'*intercapedo* (14), *intervallum* (15), *interstitium* (16). Contro quello poi che nell'edificare non avesse lasciato un tale spazio, poteva il vicino procedere sempre colla *nunciatio novi operis* (17); se non lo faceva, doveva imputare a sè stesso il danno che gliene derivava.

Da tutto ciò apparisce chiaramente che per diritto romano a nessuno poteva mai competere la

(1) L. 13, par. 7, e L. 30 D. de usufr. 7, 1; L. 10, D. de S. P. U., 8, 2.

(2) L. 2, 4 e 11 D. eod.

(3) L. 15, D. eod.

(4) L. 17, pr. D. eod.

(5) L. 4, D. eod.

(6) L. 2, par. 13, D. ne quid in loco pub., 43, 8.

(7) L. 15, D. de S. P. U., 8, 2.

(8) DELAPORTE, *Pandectes françaises*, art. 661.

(9) « Secondo il disposto della Tavola VIII. 4, la casa di abitazione doveva essere separata da quella del vicino mediante un'intercapedine larga cinque piedi — l'*ambitus* — alla quale ciascuno dei due proprietari contribuiva con una striscia di due piedi e mezzo e su cui spettava ad ognuno un diritto d'uso, che non permetteva l'esclusione dell'altro, come accadeva pure pel *confinium*. Lo scopo di quest'*ambitus* era doppio: esso serviva cioè ad assicurare alle due case vicine la luce pei locali situati sui lati dell'*ambitus* e l'ingresso alla corte tanto pei pedoni, quanto pei carri. E però ambedui i vicini avevano il diritto di passaggio per quest'*ambitus* comune, che in tale funzione prendeva il nome di *angiportus*. Siccome poi l'*ambitus* correva lungo i due lati della casa, che colla sua fronte dava sulla strada, così esso era in pari tempo, secondo il significato proprio della parola, una via circolare, un *circuitus*, che faceva della casa stessa un'*insula* nel senso di edifizio isolato ». VOIGT, *Die XII Tafeln* (Le XII Tavole), II, n. 147, p. 620-21. Cfr. BRUGI, *L'ambitus e il paries communis*, nella *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, vol. IV, p. 161 e seg.

(10) Livio V, 55.

(11) ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* (La dottrina romana delle servitù), par. 45, p. 422 sgg.

(12) L. 14, D. de S. P. U., 8, 2.

(13) L. 3, par. 1, D. de mort. inf. 11, 8.

(14) L. 11, C. de aedific. priv. 8, 10.

(15) L. 12, par. 3, C. eod.

(16) Leonis const. 113.

(17) L. 1, par. 17, D. de op. nov. nunciat. 39, 1.

nestre si trovavano e simili; ma le particolarità della casistica non tolgono valore alla regola anzidetta, che può con sicurezza affermarsi costituire *jus receptum* per determinare, in difetto di altri elementi, il carattere nare, in difetto di altri elementi, il carattere ti costituiti sotto l'impero del *jus comune*.

Considerato che la difesa del Cimadamore sostiene anche, e la sua tesi fu accolta dalla sentenza appellata, doversi lo acquisto della servitù di prospetto regolare esclusivamente alla stregua dell'art. 590 cod. civile, senza riguardo alcuno alla legislazione del tempo in cui le finestre furono aperte. Ma questo assunto, per quanto non manchi di sostenitori, si ravvisa informato ad un erroneo concetto ed infatti è respinto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, e se per diritto comune era lecito al proprietario, come si è detto, di aprire finestre a prospetto nel suo muro, salvo la limitazione suaccennata (*dummodo nihil immittatur in alienum*), e se ciò non è più lecito pel codice vigente, il quale colle limitazioni introdotte negli articoli 583 e seguenti ha innovato il sistema regolatore dei diritti reciproci tra i proprietari limitrofi, da ciò non segue che un fatto, il quale per la legge anteriore, sotto cui nacque, non era che una semplice esplicazione del diritto di proprietà, possa per effetto della nuova legge tramutarsi in titolo acquisitivo di un diritto di servitù, diventando così l'atto iniziale della prescrizione dal citato articolo ammessa come mezzo di acquistare tal diritto.

A questa pretesa fa ostacolo la nota massi-

---

facoltà di murare le finestre altrui. E battono completamente in falso quei giudicati, i quali per sostenere una tale facoltà hanno cercato un appoggio nella L. 9. D. de S. P. U. 8. 2: *Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes, cui non servit, nulla competit actio*, poichè *obscurare aedes* non solo non ha mai significato, ma, date le leggi sulle distanze e la mancanza d'una comunione coattiva, *non ha potuto mai significare otturare* e molto meno poi *murare* le finestre.

Il significato della legge è questo: che ognuno, il quale non fosse vincolato da una servitù passiva *altius non tollendi*, poteva liberamente alzare la sua fabbrica, anche nel caso che l'edificio del vicino ne restasse oscurato; ma tale alzamento non poteva aver luogo, se non *intermisso legitimo spatio*, come è detto chiaramente nella L. 14 dello stesso titolo: *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt: in area quae nulli servitutem debet, posse dominum vel altum voluntate eius aedificare, intermisso legitimo spatio a vicina insula.*

E questo secondo il diritto romano puro, sul quale ordinariamente, e sempre erroneamente, si sono basati quei giudicati, che hanno ai nuovi costruttori riconosciuto il diritto di appoggiare le loro fabbriche sul muro del vicino, in cui esistevano finestre aperte al tempo delle leggi pontificie.

Resta ora a vedersi come si siano atteggiate le cose secondo il diritto intermedio, ossia secondo il diritto romano modificato dai pratici e dall'uso e in Roma anche dalle Costituzioni Apostoliche.

Risorto per opera della scuola bolognese lo studio del diritto romano e tornato il *Corpus iuris* ad essere negli Stati della Chiesa e in altri d'Italia il diritto imperante, si andò, per opera dei glossatori e poi degli scrittori successivi e delle diverse Rote, formando a mano a mano un *ius receptum*, più consono e meglio adatto alle mutate condizioni sociali.

Quanto alle distanze, da serbarsi fra gli edifici, essendo perite le XII tavole, fu comunemente riconosciuto che dovesse applicarsi tanto ai predi rustici quanto agli urbani la celebre legge di Solone, riferita da Gaio nella L. ult. D. fin. regund. 10. 2: *Si quis sepem ad alienum praedium fixerit infoderitque, terminum ne excedito, si maceriam, pedem relinquito, si vero domum, pedes duos.*

Nella città di Roma però, come era andata in desuetudine la legge delle XII Tavole, così pure dopo il rinascimento del diritto romano non fu mai osservata la legge di Solone; le case continuarono ad appoggiarsi una all'altra, rendendo per convenzione comune il muro divisorio, fino a che colla costituzione di Gregorio XIII «*Quae publica utilia et decora*», pubblicata nel 1574, non fu stabilita la comunione coattiva (18).

Ma la costituzione Gregoriana fu un *ius singulare*, limitato alla città di Roma, e non venne mai estesa alle province; essa era conosciuta nella pratica forense col nome di costituzione *ad ornatum Urbis*, appunto perchè a questa aveva esclusivamente provveduto.

Nelle altre città dello Stato pontificio, se non disponevano diversamente gli Statuti locali, aboliti poi anch'essi nel 1816 col Motu proprio di Pio VII, restò in vigore la legge di Solone, come spesso ebbe a riconoscere la Rota romana (19).

---

(18) *Bullarium romanum* (ed. Coquelines), T. IV, part. III, p. 282.

(19) Decis. 743 n. 5, cor. Caprara; decis. 540 n. 1, cor. Crispo; *Troiana fabricae*, 8 maggio 1747 n. 9, cor. De Vals; post. PACICHELLIUM, *De distantiis*, *decis*. 46, n. 5, 29 maggio 1669 cor. Calataiu.

ma che *nemo potest mutare sibi titulum possessionis.*

Perchè ciò possa verificarsi, occorre l'interversione del titolo.

E l'interversione del titolo non si effettua *ope legis*, ossia sol perchè la nuova legge attribuisca ad un dato fatto un effetto giuridico che per l'antica non era suscettibile di produrre.

Per diritto comune la facoltà dell'un proprietario di aprire finestre a prospetto era correlativa a quella dell'altro di oscurarle edificando sul fondo proprio; di guisa che, data quella condizione di cose, anche dopo sopraggiunta la legge nuova, il possesso del prospètto goduto dall'un proprietario non induce servitù a carico del fondo confinante.

Invano si obbietta che l'art. 590 codice civile contiene una disposizione d'ordine pubblico, perchè ciò non importa che debba estendersene il contenuto oltre i limiti della disposizione stessa, facendole dire quello che non dice, che cioè la prescrizione, costituendo uno dei modi di acquisto che lo articolo abbraccia sotto la parola *altrimenti*, possa iniziarsi mediante un fatto che, pel modo e tempo in cui ebbe origine, è spiegabile col semplice esercizio del dritto di proprietà.

Altro errore dell'assunto avversario sta nel ritenere che la inerzia del Tranzi, continuata per un trentennio dopo l'attuazione del codice civile, a valersi della facoltà che egli aveva (data la ipotesi della apertura delle finestre *iure proprietatis* sotto l'antico regime) di oscurare le finestre stesse, abbia potuto produrre la perdita di tale facoltà, estinguendo la sua azione negatoria.

In altri termini si invoca dal Cimadamore, non la prescrizione acquisitiva *servitutis* a proprio favore, ma la prescrizione estintiva

---

La regola adunque fu la legge di Solone, l'eccezione la comunione coattiva, sancita per la città di Roma dalla costituzione Gregoriana e per altre città dagli Statuti municipali.

Ma anche là dove era da leggi speciali, derogando al diritto comune, stabilita e sancita la comunione coattiva del muro divisorio, o, come allora, con espressione barbara, si diceva, il *ius appodii*, il diritto d'appoggio, occorre ricordare che questo soffriva nella pratica una quantità di limitazioni e di eccezioni; *quae tamen regula*, dice il Cardinal De Luca, *plures recipit limitationes et declarationes* (20).

E prima di tutto il muro deve essere *idoneus*, o, come altri dicono, *in potentia communis*, e perciò occorre che sia *ad aedificium ac lignorum et tectorum utriusque domus substentationem constitutum* (21), e non è tale quando sopra di esso vi sia *tectum vel tabulatum* perchè questi *sunt signa vicinos a principio destinasse ne liceret altius tollere vel elevare* (22); e nel dubbio doveva ritenersi che il muro non fosse destinato *ad elevandum, ideoque praetendens super illo aedificare debet ipse talem aptitudinem ostendere, cum in hoc dicatur actor;* al vicino bastava negare e perchè, come convenuto, non incombeva a lui l'onere della prova e perchè *si non constat per evidentiam rei parietem esse destinatum ad elevandum, potior est conditio prohibentis* (23).

In secondo luogo non si poteva chiedere e ottenere l'appoggio quando fosse per derivarne grave danno al vicino, poichè, secondo la giustissima osservazione del De Luca, *nullatenus dicendum est ut dari debeat huius aequitatis exercitium cum aperta iniquitate, quae resultaret ut vicino ad solum lucrum et oblectamentum, aut ad maiorem commoditatem, licitum esset uti muro meo cum meo damno et praeiudicio positivo* (24); e questo si riteneva gravissimo e tale da presentare un ostacolo insormontabile alla concessione dell'appoggio, quando per esso si sarebbero ostruite finestre che prospettavano sulla strada, *quia domus caeca evaderet ac prorsus inutilis, ibique dominus quodammodo videretur immaniter sepeliendus* (25). *Naturalis enim ipsa ratio suadet*, diceva la Rota in una sua decisione del 1866 *huiusmodi libertatem (aedificandi in propria area) eo porrigi nequire, ut quis propriam aedem vicinorum domibus adhaerentem extollens, iisdem luminis atque aeris beneficium penitus auferat* (26).

E questo ha riconosciuto e dichiarato anche la nostra Corte Suprema stabilendo questa massima:

(20) DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, vol. IV, *De servitutibus*, disc. 2, n. 2.

(21) DE LUCA, *Op. cit.* disc. 3, n. 2.

(22) CONSTANTINUS, *Ad statutum Urbis*, II, Annot. 23, art. 2, n. 140, che cita MENOCHIUS, *Cons.* 1237 n. 27; TONDUTUS, *Resolut civil.* parte I, cap. 88, n. 37; THESAURUS, decis. 41, n. 4; DE LUCA, *Op. cit.* disc. 7, n. 5.

(23) CONSTANTINUS, *Op. cit.*, II annot. 23, articolo 2, n. 38-39. Cfr. SPERELLI, *Decis. fori ecclesiast.* dec. 54, n. 31; DE LUCA, *Op. cit.* disc. 6, n 5.

(24) DE LUCA, *Op cit.* disc. 6, n. 5. Cf. SPERELLI, *Op. cit.* disc. 54, n. 20-24; PECCHIUS, *De servitutibus*, II, cap. 8, quaest. 4, n. 22; Rota, *Leodien. nunciat. novi operis*, 5 feb. 1725, par. 3. cor. Nunez.

(25) PACICHELLIUS, *De distantiis*, cap. VI, membr. 4, n. 34.

(26) Rota nella *Romana inibitionis seu demolitionis* 16 aprile 1866, n. 2, coram De Avila.

dell'azione del Tranzi: dal che si vuol trarre la conseguenza che spetti in ogni caso al Tranzi l'onere di provare di avere conservato il suo diritto, non già ad esso Cimadamore quello di provare di aver legittimamente posseduto per il tempo necessario a prescrivere. Ma, errata essendo la premessa, errate ne sono anche le conseguenze.

Ed è errata la premessa, perchè non è esatto che l'acquisto della servitù sia una conseguenza della prescrizione estintiva dell'azione negatoria, mentre invece esso ha per causa il diuturno quasi possesso, val quanto dire la prescrizione acquisitiva della servitù esercitata. A differenza di quello che avviene nelle obbligazioni, in cui basta l'inerzia del creditore ad estinguere il credito, la prescrizione nei diritti reâli ha per causa diretta il possesso, o il quasi possesso della cosa o del diritto che ne forma obbietto.

Tale distinzione si rispecchia nettamente negli articoli 2105 e 2106 ocdice civile il primo dei quali stabilisce che la prescrizione è un mezzo per acquistare un diritto o per liberarsi da un'obbligazione, e il secondo che per acquistare mediante la prescrizione è necessario un possesso legittimo.

E' vero che la prescrizione se ha per effetto l'acquisto del diritto, da un lato, ha puranco per effetto la perdita del medesimo dall'altro; ma è vero altresì che la causa determinante di entrambi i fatti sta nel possesso della cosa da parte dell'uno, non già nell'inazione dell'altro; laonde non è un giuoco di

« Qualora sotto la legislazione pontificia, il proprietario di una casa, nel muro postico prospiciente sul suolo altrui, ha aperto alcune finestre necessarie per aver aria e luce, non può il vicino, sopravvenuta la legislazione italiana, disconoscere un tale diritto, domandando la comunione del muro giusta l'art. 556 del Cod. civile, ma deve fabbricare a debita distanza, che in mancanza di altre norme può essere di tre metri ai sensi dell'art. 590 ». Cass. Roma 10 giugno 1881, Ruspoli c. Buongiorni, Presidente ed estensore AURITI, *Temi rom.*, I (1881) p. 289.

E il De Luca, che prima di esser fatto cardinale era stato avvocato, parlando di una causa sostenuta da lui a favore di una certa Lazzarini, la quale voleva edificando chiudere una finestra aperta nella soprelevazione del muro divisorio, e che fu, malgrado la sua strenua difesa, decisa contro la sua cliente, ricorda fra le ragioni addotte dall'avversario, per sostenere che non era il caso di concedere l'appoggio, proprio questa: che *nemo debet sepeliri vivus in propria domo*, che egli stesso confessa migliore di quelle addotte da lui per sostenere la tesi contraria (27). *Regula enim obtinet in foro receptissima,* dichiarava la Rota in una delle sue ultime decisioni, *ut, quamvis agatur de pariete communi (seu aiunt in potentia), aedificator tamen abstinere debeat ab extollendo, si intolerabiliter inde luminibus officiatur* (28).

Come si vede adunque anche nei casi in cui una legge speciale o locale, derogando al diritto comune, concedeva la facoltà di rendere comune il muro divisorio, tale facoltà non era assoluta, ma doveva esercitarsi con una certa moderazione e il giudice poteva sempre opporle il suo *veto*.

Ricapitolando il fin qui detto abbiamo:

1. Che nel muro proprio ognuno poteva aprire quante finestre voleva e il vicino poteva oscurarle, ma non chiuderle, perchè doveva colla sua fabbrica tenersi a due piedi di distanza dalla linea di confine (29).

2. Che nel muro comune *in actu* non si potevano aprire finestre e aperte che fossero il vicino poteva sempre chiuderle perchè stante la comunione del muro appoggiava sul suo (30).

3. Che nel muro comune *in potentia* si poteva ottenere il diritto di appoggiare, quando però fosse provato che il muro fosse realmente tale, che il vicino non ne risentisse un grave danno e che questo diritto fosse sancito da una costituzione apostolica, o dallo Statuto locale, o almeno dalla consuetudine.

Siamo adunque ben lungi dall'affermazione assoluta che il vicino potesse sempre ostruire le fi-

(27) DE LUCA, *Op. cit.* disc. 9, n. 7.

(28) Rota nella *Romana inhibitionis et demolitionis*, 4 luglio 1864, cor. De Witten.

(29) *De iure nil vulgatius est, quam quod* LEGITIMUM *inter aedes* SPATIUM *intercedat* (Rota, *Alban. fabricae* 29 giugno 1751 coram Bussio).

Quando paries est proprius alicuius non possunt fenestrae in eo existentes a vicino per fabricam obturari; nec in pariete proprio alicuius licet aliquid facere invito domino (CONSTANTINUS, *Op. cit.* II, annot. 23, art. 1, n. 57 e 58 che cita SURDUS, *Consilia*, cons. 126, n. 1 e seg.; TONDUTUS, *Resolutiones civiles*, par. 1, cap. 88, n. 19-20; RUINUS, *Consilia*, cons. 55, lib. 4; BEROIUS, *Consilia*, cons. 123, n. 3, lib. 3). Cf. Rota nella *Romana nunciationis nov. op.*, 20 marzo 1857, cor. Serafini, nella quale è riassunta tutta la dottrina e giurisprudenza in proposito.

(30) Questo però per diritto intermedio, poichè secondo il diritto romano puro le cose procedevano diversamente, e nessuno dei comunisti poteva nella proprietà comune fare alcuna cosa od acquistare alcuna servitù senza il consenso dell'altro. (L. 11, D. si ser. vind. 8, 5 e L. 26, D. de S. P. U., 8, 2).

parole, ma l'espressione di un concetto giuridico esatto il dire che il proprietario perde il suo diritto appunto perchè altri l'ha acquistato, in quanto non sarebbe possibile e sarebbe un assurdo giuridico il *plurium condominium in solidum*.

Giusta ed esatta è quindi la teorica secondo la quale la perdita che l'antico proprietario subisce della azione *vindicatoria* non deriva direttamente dalla prescrizione dell'azione stessa, ma, indirettamente, *per consequentiam*, dalla usucapione che col dominio ha trasferito nel possessore anche la *rei vendicatio*. Che se il semplice non uso bastasse ad estinguere tale azione, anche il possessore precario acquisterebbe per effetto della prescrizione estintiva. Or quel che si è detto della azione in rivendicazione vale anche per l'azione *negatoria*, che differisce dalla prima, non per qualità e sostanza, ma solo per la quantità della usurpazione che si vuol reprimere, usurpazione che nella *vindicatoria* comprende la totalità del dominio, e nella *negatoria* quella frazione di esso che corrisponde alla servitù in contrario esercitata.

In conclusione quindi l'azione *negatoria*, al pari della *rivendicatoria*, non si perde per prescrizione estintiva, ma in conseguenza dell'acquisto della servitù fatta da altri mediante il diuturno possesso, cioè in conseguenza della usucapione.

---

nestre, che altri aveva aperto nel muro proprio; e la L. 8. par. 5 D. si serv. vind. 8. 2, sopra cui pure si è voluta fondare una tale affermazione, dice precisamente il contrario. A persuadersene basta ricordarla: *In suo alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat*.

Ora se è vero e dimostrato che non si poteva immettere un trave, nè appoggiare il proprio tetto sul muro del vicino senza che si fossero stipulate le servitù *tigni immittendi* e *oneris ferendi*, non potrà certamente dirsi esatta quella dottrina, che considera l'appoggio di tutto un edificio con relativa immissione di travi e di tetto e otturamento di finestre come una conseguenza naturale del semplice diritto dominicale. N. N.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

11 luglio 1907, n. 746

Spaziani *Pres.* — Reggiani *Est.*

Silenzi (avv. *G. Guasco*) contro Heimann (avvocato *A. Gabrielli*).

La destinazione del padre di famiglia, onde ha vita la servitù di cui all'art. 632 cod. civile, deve avere per oggetto un vantaggio perpetuo, permanente e non temporaneo; quindi — dato che il proprietario di due case abbia collocato sul terrazzo di una di esse i cassoni dell'acqua potabile per fornire di acqua anche l'altra sua casa limitrofa, e tutta l'acqua gli venga somministrata mercè abbonamento mensile da una società — non può, divise per vendita le due case, l'acquirente di quella ove non sono i cassoni, invocando la servitù per destinazione del padre di famiglia, pretendere dall'altro proprietario la continuazione della fornitura dell'acqua come prima ed opporsi a che cessi la comunione dei cassoni suddetti (1).

La servitù per destinazione del padre di famiglia non sorge, quando i due fondi di cui all'art. 632 cod. civ., restano divisi per il fatto che uno di essi è venduto alla pubblica asta (2).

La servitù di passaggio è discontinua, e non può, anche se apparente, stabilirsi che mediante un titolo (3).

La Corte, ecc. — La signora Virginia Silenzi, autorizzata dal marito ing. Gualtiero Aureli, con citazione 29 febbraio 1905 convenne

---

(1) La massima è giustissima. Cfr., sul principio, i vari trattati in materia di servitù, soprattutto quelli recentissimi di E. DE LA VILLE, giudice ad Urbino (Napoli, 1907) e di A. SACCHI (Torino, Unione tip. editr. torinese).

(2) Non conosciamo precedenti giurisprudenziali in proposito. Circa gli accenni a servitù inclusi nei bandi di vendita giudiziale, veggasi la sentenza 16 settembre 1905 dell'A. Roma, est. MANFEROCE, in questa Raccolta, 1905, 464, con larga nota di richiami.

(3) Cfr. la sentenza della Corte di appello di Roma citata nella nota anteriore, e i commenti nostri a n. 9 ivi.

avanti il Tribunale di Roma la signora Maria Heimann e per ogni effetto il marito ingegnere Enrico Marcovaldi

L'attrice narrava di avere acquistato dall'avv. Carlo Pizzi con istromento Buratti 13 aprile 1904 la casa in via Cavour (già via Graziosa) n. 148-152, ove trovò degli abusi e delle irregolarità da parte di Maria Heimann proprietaria della casa limitrofa segnata col numero 144-146, le quali consistono nella *comunione delle cassette e recipienti dell'acqua marcia e rispettivi condotti*, e in una *abusiva apertura* che immette dalla proprietà Heimann in quella di essa istante, e che tali inconvenienti debbono essere rimossi con la divisione delle cassette dell'acqua e dei cassoni di distribuzione e colla muratura della porta, e che essendo rimasta senza effetto una diffida intimata nel primo luglio 1904 chiedeva che fosse prefisso un breve termine per rimuovere i detti inconvenienti e per sistemare in maniera le condotture e cassette dell'acqua marcia, che ogni proprietà abbia la propria condottura e cassetta senz'alcuna reciproca molestia, con la condanna della convenuta al risarcimento dei danni cagionati dal cattivo stato di manutenzione delle sue condotture e cassette fino al giorno dell'effettiva riduzione *in pristinum*.

Inoltre la Silenzi domandava la chiusura della porta che trovasi nel cortile di sua proprietà, e la rimozione di ogni altro abuso, che venisse ad aggravare o diminuire la libertà *o valore dell'immobile a lei appartenente*, e che, qualora la convenuta non eseguisse le opere necessarie per rimuovere i detti abusi nel termine che sarà prefisso, venisse essa istante autorizzata a procedervi a tutte spese della convenuta, ecc.

La signora Marcovaldi sosteneva in base agli art. 632-633 Cod. civ. che le opere doveano rimanere come le pose e le effettuò Marcovaldi Gaetano già proprietario di ambedue le case e in conseguenza conchiudeva che fossero respinte le domande dell'attrice.

Se non che il Tribunale con sentenza del 4 giugno 1906 le accolse in quanto alla chiusura della porta e respinse l'altra diretta a rimuovere i cassoni dell'acqua marcia, e ad ottenere l'emenda dei danni, condannando la Silenzi ad un quarto delle spese, dichiarando compensati gli altri tre quarti.

La signora Silenzi con atto del 29 marzo 1907 interpose appello contro tale sentenza domandandone la revoca con l'accoglimento delle proposte domande.

In via subordinata chiede che sia nominato un perito che riferisca sulla situazione dei cassoni e della presa d'acqua, e sui danni arrecati alla proprietà dell'attrice per la presenza delle dette cassette nella sua terrazza.

La signora Heimann chiede per contro la conferma della sentenza in quanto respinge la domanda per la divisione delle cassette e condottura dell'acqua marcia, e che si faccia diritto al suo appello per incidente avverso la sentenza nella parte che dispose della chiusura della porta, che dalla bottega Heimann immette nel cortile della casa Silenzi, e per l'effetto accogliere anche per questa parte le conclusioni formulate innanzi il Tribunale.

Diritto: Osserva in quanto all'appello principale proposto dalla signora Silenzi in Aureli che Marcovaldi Gaetano, divenuto proprietario nel 1884 della casa n. 146 posta in via Cavour (già via Graziosa) che era già fornita di acqua marcia, e quindi nel 1886 dell'altra casa limitrofa segnata col n. 150, si valse del condotto già esistente per dare anche a questa l'uso dell'acqua; e, protraendo la condottura ascendente fino al terrazzo del casamento n. 150, vi collocò le cassette e i cassettoni distributori anche per la suddetta casa n. 146.

Di ciò non è disputa, come pure che, defunto il Marcovaldi nel 17 settembre 1902, le due case passarono in proprietà, la prima della signora Heimann in Marcovaldi nuora del suddetto Gaetano, e l'altra dell'avv. Carlo Pizzi in nome dei suoi figli minori, che poi la rivendè nel 1904 alla signora Silenzi nello stato in cui la lasciò il Marcovaldi.

Nella fattispecie il Tribunale ravvisò la servitù fondata sulla destinazione del padre di famiglia in conformità degli art. 623 e 633 Codice civile.

In genere il vantaggio che l'un fondo arreca all'altro, e che durante il dominio unito nella stessa persona non è servitù in *sensu juris* (*nulli enim res sua servit*), diviene servitù cessando i due fondi di appartenere allo stesso proprietario.

Però il Tribunale avrebbe dovuto tener conto delle condizioni del contratto che il Marcovaldi avea colla Società dell'acqua marcia, cioè di un abbonamento mensile che poi proseguì sempre di mese in mese, dell'obbligo del pagamento mensile anticipato, in mancan-

za del quale o in caso di mora la Società medesima ha diritto di togliere il flusso dell'acqua.

Se i primi giudici avessero a tutto ciò posto mente, ed anche al fatto che il solo intestatario della presa d'acqua è riconosciuto dalla Società, cosicchè, come in origine il Marcovaldi,così ora la Silenzi, proprietaria del terrazzo ove sono gli apparecchi di misura, deve in ogni mese rinnovare l'abbonamento, e pagarne l'importo anticipato anche per l'acqua, di cui usa la casa limitrofa attualmente spettante alla signora Heimann, avrebbero facilmente rilevato che il Marcovaldi fece porre i cassoni in detto terrazzo per vantaggio e comodo passeggiero, fino a che cioè i due immobili fossero appartenuti a lui solo.

Quindi dall'assieme delle suddette circostanze apparisce che tale impianto collocato in un solo punto, per risparmiare una presa di acqua, non può indurre una vera destinazione del padre di famiglia a senso dell'art. 632 Codice civile che deve avere per oggetto un vantaggio perpetuo, permanente, e non temporaneo. Il legislatore volle bensì mantenere, in caso di divisione, la forma della servitù quando i nuovi proprietari non ne dispongano diversamente, ma volle ancora salvo il principio della presunta libertà dei fondi, consacrato dalla legge 66 *Dig. de contrah. empt.* a cui non deroga se non quando apparisca certa la volontà del proprietario dei due fondi di costituire la servitù.

Osserva che non solo manca la detta destinazione cioè lo stato permanente, in cui il proprietario abbia disposto ed ordinato che l'un fondo servisse all'altro, ma neppur può dirsi che quello stato, da cui risulterebbe la servitù, siasi mantenuto per tacita volontà delle parti in quanto che conviene bene avvertire come la destinazione del padre di famiglia non costituisca la servitù, ma offra solo un fatto che fa presumere, in occasione della separazione de' due fondi,una tacita convenzione, se le parti non dispongano altrimenti circa la posizione materiale dei fondi stabilita dal padre di famiglia. Orbene, essendo incontroverso che la casa (ora della Silenzi) fu acquistata dall'avv. Carlo Pizzi nel nome de' suoi figli minori all'asta pubblica il 24 marzo 1897, onde le due case cessarono di appartenere allo stesso proprietario, non è possibile ammettere in un'asta (che procede in conformità del bando) la presunzione legale a senso dell'art. 633 Codice civile, ossia che lo stato di fatto, disposto dal Marcovaldi *jure proprietatis*, si sia trasformato in servitù per tacita volontà. Imperocchè ben si comprende che l'acquisto all'asta pubblica non indica punto un riconoscimento da parte dell'aggiudicatario della condizione di cose ordinata dal precedente proprietario. E molto meno la Silenzi approvò lo stato di fatto delle due case, la quale per contro intimò alla signora Heimann poco dopo la compra una diffida il 1 luglio 1904 per far cessare il lamentato stato di fatto. Osserva che l'appellante giustamente afferma, come conseguenza delle suaccennate circostanze, che nel caso mancano affatto i caratteri della servitù, che pare venga qualificata di acquedotto, i quali consistono nella causa perpetua di *in patiendo*.

Non si ha la causa perpetua (elemento comune a tutte le servitù reali) cioè la potenzialità almeno che il fondo servente sia sempre pronto all'uso della servitù, dacchè il godimento dipende dall'osservanza dei patti dell'abbonamento temporaneo che la Silenzi rinnova di mese in mese con la Società dell'acqua marcia.

Ora è del tutto contrario alla natura della servitù, che ne dipenda l'uso dall'arbitrio del proprietario del fondo serviente, o che il godimento sia temporaneo, o sotto condizione. Lo insegna Papiniano nella *leg. 4 dig. de servit.*: *Servitutes neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione constitui possunt.*

Nè vale il dire che la causa perpetua sta nella necessità che il Marcovaldi avea di dotare le sue case di una quantità di acqua potabile per gli usi domestici, e che, non potendo derivarla da una sorgente direttamente, si valse di un contratto colla Società dell'acqua marcia. Imperocchè dal bisogno continuo dell'acqua per le abitazioni non può inferirsi la causa perpetua nel fondo servente come atto a procurarne il vantaggio permanente al fondo dominante.

Ripetiamo che l'uso dell'acqua marcia, dipendendo nella specie sempre da un contratto temporaneo, precario, risolubile, esclude il carattere della causa perpetua, derivante cioè dalla natura o dal fatto dell'uomo, talchè il fondo servente sia sempre ad *praestandam servitutem paratus*. Così argomentando, non si confondono (come afferma l'appellata)

i mezzi col fine, giacchè si fa palese che il preteso fondo servente procurerebbe al dominante un vantaggio precario, incompatibile col fatto della separazione delle due proprietà. Non concorre inoltre l'altro requisito che consiste *in patiendo aliquid in suo ad alterius utilitatem*.

La Silenzi invece sarebbe tenuta a fare gli abbonamenti di mese in mese colla Società anche nell'interesse del supposto fondo dominante. Se ciò sussiste, è manifesto che manca affatto il carattere della servitù affermativa, la cui essenza consiste, come si è detto, solamente *in patiendo*, come nelle servitù negative *in non faciendo*.

Pertanto le suaccennate circostanze offrono, come necessaria conseguenza della separazione di due fondi, la figura giuridica della comunione nell'uso dell'acqua marcia.

E perciò la signora Silenzi a buon diritto domanda la divisione dei cassoni dell'acqua, e che ognuna delle proprietà debba averli senza reciproca molestia, poichè nessuno può essere costretto a rimanere in comunione. Quindi devesi accogliere in questa parte l'appello principale e revocare la sentenza appellata.

Però non sembra che abbia fondamento la domanda dell'attrice concernente il risarcimento di danni derivati, a quanto dicesi, dalla cattiva manutenzione delle condotture e cassette poste nella casa Silenzi, su di che il Tribunale non rese alcuna pronunzia, giacchè la signora Heimann divenne proprietaria della casa n. 146 nel 10 marzo 1904 con rogito Delfini, e ne prese possesso nello stato in cui si trova, e come l'aveva lasciato il proprietario di ambedue le case cioè coll'uso dell'acqua marcia derivata dalle cassette collocate dal Marcovaldi sul terrazzo della signora Silenzi.

L'Heimann quindi non può costringersi a risarcire danni cagionati per avventura da altri, o per incuria degli stessi proprietari del terrazzo, i quali avrebbero dovuto (il che non consta) invitare opportunamente la signora Heimann, ignara di quanto avveniva nel fondo altrui, ad impedire i danni di cui l'attrice ora pretende il risarcimento.

Perciò per questo capo l'appello non può accogliersi.

Osserva circa l'appello incidente riguardante la chiusura della porta, che dalla bottega della signora Heimann immette nel cortile della signora Silenzi, che pure giustamente il tribunale accolse l'istanza dell'attrice.

Imperocchè a parte che il Marcovaldi aprì la suddetta porta perchè, avendo locata la bottega ad uso vaccheria, dovè porsi in regola colle disposizioni di polizia municipale, che impongono di tenere annesso alla vaccheria un cortile con fontana, e che cessato lo scopo non aveva più ragione di essere specialmente dopo il passaggio delle case a proprietari diversi, è decisivo che trattasi di una servitù discontinua, la quale a senso dell'articolo 930 non può stabilirsi che mediante un titolo. Nè punto rileva che la servitù di passaggio sia apparente per la esistenza della porta, in quanto che il detto articolo dice che le servitù discontinue sieno o non sieno apparenti non si stabiliscono che con un titolo.

Che nel caso la pretesa servitù sia discontinua è manifesto, perchè richiede il fatto dell'uomo nel fondo serviente, *hominis ministerium requirit in exercitio*.

Onde il patrocinio della signora Heimann invano insiste sul segno apparente come manifestazione della volontà del padre di famiglia per la costituzione della servitù, giacchè dal raffronto degli art. 629 e 630 cod. civile apparisce chiaramente che il titolo è cosa del tutto diversa dalla destinazione del padre di famiglia.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

18 luglio 1907, n. 775

Spaziani *Pres.* — Carcani *Est.*

D'Agostini (avv. *T. Vecchiarelli*) contro Silvestroni e Giuliani (avv. *A. S. Martorelli*) e Di Capua (avv. *Piperno*).

Poichè la sentenza di vendita, emanata nel giudizio di esproprio, è vera ed effettiva sentenza, non può per vizi inerenti al procedimento esecutivo venire impugnata con azione di nullità avanti gli stessi giudici che la emisero (1).

---

(1) **Resta, così, pienamente confermata la sentenza 16 luglio 1906 del Trib. civ. Roma, est. LECCADITO, la qual sentenza può leggersi in questa Raccolta, anno corr., pag. 141, con nota di richiami giurisprudenziali e dottrinali. Cfr. NATALI, in *Rivista univers.* corr. 1907, 1, 496.**

Il contegno tenuto dal debitore successivamente all'incanto ed alla immissione in possesso de' suoi beni può interpretarsi dal magistrato come acquiescenza e rinunzia a far valere eventuali ragioni di nullità della vendita (2).

La Corte, ecc. — Non può dubitarsi che l'atto col quale il Tribunale nel giudizio di espropriazione immobiliare aggiudica l'immobile pignorato all'ultimo maggiore offerente sia una sentenza vera e propria, perchè tale è espressamente qualificato dalla legge di procedura (articolo 685) e perchè è l'epilogo del giudizio di espropriazione che si compie con la vendita in contestazione delle parti per autorità del magistrato. Difatti il giudizio di espropriazione che si inizia con il precetto ha una fase preparatoria nella sentenza che ordina la vendita, la quale è pronunziata, previa citazione del debitore, e passa in giudicato se non impugnata; ed in esecuzione della medesima si forma il bando da cui incomincia la seconda fase del giudizio, che si compie con la vendita. In questa seconda fase possono le parti sollevare eccezioni e questioni che intendono far valere, e sulle quali il Tribunale pronunzia prima di eseguire la vendita; dopo la quale non sono più ammesse eccezioni di nullità, neppure in appello (articolo 695 Codice Procedura civile), posto che la sentenza sia suscettibile di appello nei casi indicati nell'ultimo capoverso dell'articolo 702.

Nè vale il dire che non vi può essere sentenza se non vi siano contestazioni da risolvere, poichè il Magistrato è chiamato a pronunziare sentenza, tutte le volte che debba risolvere in modo definitivo una domanda giudiziale, anche se la domanda non sia effettivamente impugnata ed anche se il convenuto ammetta il diritto reclamato dall'attore. Ciò si verifica precisamente nel giudizio di espropriazione che tende a spogliare il debitore dell'immobile pignorato per attribuirne il prezzo ai creditori, e perciò la legge vuole che sia fatto in contestazione delle parti.

In questo giudizio si possono proporre tutte le eccezioni ed opposizioni che gl'interessati intendono far valere, e il Magistrato deve deciderle: ma, anche in caso che non vi siano contestazioni, deve, osservate le norme della procedura, tutelare i diritti di ciascuno interessato e ordinare giudizialmente il passaggio dell'immobile subastato dal debitore espropriato al compratore, mediante una pronunzia attributiva di proprietà sotto forma di sentenza, che è titolo esecutivo per l'immissione del compratore nel possesso dell'immobile.

Erroneamente poi si eccepisce che questo atto sia un verbale, mancando per la sentenza il requisito essenziale della motivazione. Imperocchè è precisamente il verbale di esperimento d'asta che in questa specie di sentenze, espressamente disciplinate dall'articolo 685 suddetto, sta in luogo della motivazione, e la cui regolarità secondo le norme di procedura è la ragione legale contenente gli elementi d'aggiudicazione, che forma il dispositivo della sentenza.

Laonde tutte le violazioni di forma procedurale, quali sarebbero precisamente le irregolarità o nullità delle notifiche degli atti del giudizio, sono difetti o nullità che riguardano la procedura, e che non possono farsi valere che o durante il giudizio come nel surrichiamato articolo 695, ovvero in via di reclamo per impugnativa della sentenza con i mezzi ordinari o straordinari ammessi dalla legge, e non con un giudizio di nullità *ex integro* avanti lo stesso giudice, che, avendo pronunciato la sentenza, non può tornare una seconda volta a conoscere degli atti della procedura svoltasi avanti di lui e definita.

E' vero che questa sentenza di indole speciale ha anche indole contrattuale, in quanto riguarda il trapasso di proprietà, la cui sostanza può impugnarsi anche separatamente e con giudizio *ex integro*, ma ciò vale per tutto ciò che può riguardare gli obblighi o vincoli derivanti essenzialmente dal contratto di trasmissione della proprietà, sia rispetto

(2) Un altro elegante esempio di rinunzia tacita ad impugnare un esproprio ci è offerto dalla sentenza 12 giugno 1906 dell'A. Trani, est. IPPOLITI, secondo cui quando l'espropriato, senza riserva alcuna, prende in locazione dal creditore parte degli immobili aggiudicati a quest'ultimo, riconosce implicitamente la legalità dell'avvenuta esecuzione e si preclude l'adito all'esperimento delle ragioni che avrebbe potuto esperimentare in proposito.

Cotesta sentenza della Corte tranese è importante anche perchè la fattispecie della relativa causa e la controversia che ne seguì hanno molti punti di contatto con la fattispecie e la controversia della causa decisa mercè la pronunzia che qui sopra pubblichiamo. — Cfr., in genere, MATTIROLO, 5. ediz., vol. IV, n. 293.

alle persone, sia rispetto alla cosa che formò oggetto del contratto giudiziario di alienazione, e che non formarono o non potevano formare oggetto di contestazione avanti il giudice dell'espropriazione.

Ma per quanto riguarda le forme di procedura l'atto di aggiudicazione mantiene il carattere di sentenza, secondo le regole di diritto giudiziario, e non possono le nullità proporsi avanti il giudice, il quale con la sentenza *functus est officio suo*. Tanto più che, seppure si trattasse di quelle nullità che possono dedursi avanti lo stesso giudice (ciò che nel caso non è ammessibile), avrebbero dovuto dedursi al primo atto successivo ai sensi dell'articolo 191 del Codice di proc. civ.

E, nel caso, dopo la sentenza si è avuto l'atto di possesso ed anche il giudizio di graduazione, senza che il D'Agostini abbia mai dedotto le precedenti nullità.

E trattandosi di esecuzione data alla sentenza, e di atti che (specialmente l'atto di possesso) non possono essere stati ignorati da lui per le notificazioni che necessariamente devono essergli state fatte, ed egli non può non essersi accorto nel decorso di undici anni di essere stato espropriato degli immobili venduti con detta sentenza, giustamente ne deduce la difesa della Silvestroni che vi sarebbe stata adesione alla vendita e rinunzia implicita al reclamo.

Ma ciò si dice ad abbondanza, valendo la eccezione pregiudiziale, giustamente ammessa dal Tribunale, dell'improponibilità della azione di nullità degli atti di procedura come domanda nuova, salvo a provvedersi in via di impugnativa contro la sentenza, con alcuno di quei mezzi ordinari o straordinari che allo stato delle cose potessero eventualmente competergli.

Deve quindi l'appellante come soccombente rispondere anche delle spese ed onorari di questo giudizio di appello.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

29 maggio 1907, n. 1118

Montalto *Pres.* — Gini *Est.*

Milani (avv. *C. Santucci* e *A. Milani*) contro D'Agostini ed altri (avv. *M. Sirolli*).

I casi di riassunzione d'istanza, di cui allo art. 334 cod. proc. civile, sono tassativi e non soffrono estensione nè all'ipotesi di volontaria rinunzia al mandato, emessa dal procuratore costituito, nè alla revoca del mandato fatta dalla parte senza costituzione di nuovo procuratore (1).

La pendenza del giudizio penale non ha efficacia di sospendere il giudizio civile, quando la fattispecie dei due giudizi non è identica (2).

*L'*animus domini *è cosa diversa dalla coscienza di essere e potersi ritenere legittimo proprietario della cosa posseduta, e la mancanza della* juxta opinio dominii *non significa mancanza di quel requisito del possesso legittimo, che consiste nell'animo di tener la cosa come propria* (3).

La possessio animo *è la ritenzione del possesso* nudo animo *non si può conciliare col prolungato abbandono dell'esercizio del proprio diritto non conforme alla natura di questo ed alla pratica ordinaria. Deve*

(1-5) Decisione importantissima, che pone in rilievo il valore del giovane magistrato che l'ha estesa.

— (1) Sono pur *tassative* le altre cause di riassunzione d'istanza, ipotizzate nell'art. 332 Codice proc. civile: ved. in questa Raccolta, anno 1905, pag. 60, nota.

Che la revoca, fatta dal cliente, del proprio procuratore o la volontaria rinunzia di questi non interrompano il procedimento è opinione pacifica (cfr. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di proc. civile*, vol. III, n. 686, e MATTIROLO, *Dir. giud. civ.*, 5. ediz., vol. IV n. 713). Con sentenza 28 dicembre 1906 (*Temi* 1907, 38) l'A. Bologna riteneva che l'interruzione d'istanza per cancellazione del procuratore dall'albo *sospende* il termine per raccogliere la prova testimoniale.

— (2) Cfr. BORSARI, *Dell'azione penale*, n. 130 e segg.; MORTARA, *Comm.*, I, n. 315, 520; C. CASTORI, *Delle azioni derivanti da reato*, nel *Trattato compl. di dir. pen.* del COGLIOLO, vol. II, p. IV; MATTIROLO, *Dir. giud. civ.*, vol. V, n. 53; A. Bologna 11 luglio 1904, *Temi* 1904, 722; A Roma 10 marzo 1904, *Foro ital.* 1905, 1, 118; ecc.

— (3-4) Ved. Cass. Napoli 24 febbraio 1883, *Giur. ital.* 1883, 1, 1, 255; BARATONO, *Azioni possessorie* I, n. 45.

poi in ogni modo ritenersi definitivamente venuto meno, semprechè al contegno negativo di colui che già possedeva si aggiunga il fatto positivo di un terzo che, a notizia del precedente possessore, occupi esclusivamente l'immobile senza reazione alcuna da parte di chi prima era nel possesso o nel compossesso dello immobile medesimo (4).

La partecipazione di più individui in un fatto unico (turbativa di possesso) *li obbliga solidariamente ai danni ed alle spese di causa* (5).

Il Tribunale ecc. — Non ha fondamento la eccezione basata sull'asserta necessità della riassunzione d'istanza per avere il procuratore degli appellanti fatto inserire nel foglio di udienza che egli per volontaria rinunzia non rappresentava più taluni di essi. Invero non rientra tale ipotesi tra quelle che l'articolo 334 C. p. Civ. enumera in modo tassativo e che sono: la morte, la cessazione dell'esercizio, la sospensione e la interdizione del procuratore costituito.

Ben diversa è la volontaria rinunzia al mandato che non dispensa il procuratore dall'obbligo di adempiere ai doveri dell'ufficio fino alla costituzione del nuovo procuratore (art. 1761 C. C.), come reciprocamente diversa e senza pratica efficacia sarebbe la revoca del procuratore fatta dalla parte senza costituirne un altro. (art. 161 C. P. C.).

Che egualmente inattendibile è la domanda di sospensione del presente giudizio civile fino all'esito del procedimento penale, che giusta un certificato di questa Cancelleria pende tuttora contro Depaolis Massimino ed altri quindici individui di Montorio Romano imputati del delitto di cui all'art. 423 del Cod. penale. S'invoca in proposito l'art. 4 del Cod. Proc. pen. assumendosi che l'azione esercitata in questa sede dai Milani deriva dallo stesso fatto che è obbietto dell'azione penale, cioè il reato, il quale pertanto costituisce una base di apprezzamento comune ai due giudizi.

E poichè, si soggiunge, la legge ha in tale ipotesi disposto che preceda quello penale, come più idoneo a compire la ricerca del fatto che può costituire reato, così deve anche nella specie attendersene il risultato, sospendendosi intanto il giudizio civile, onde evitare lo scandalo della contradizione.

Ma è facile rispondere che, incontrastabile il principio in se medesimo, è però inesatta l'applicazione che vuol farsene nella specie, non ricorrendo l'identità di fatto assunta nella premessa.

Per vero l'azione penale ha per oggetto la turbativa dell'altrui pacifico possesso commessa con violenza contro le persone; l'azione civile invece ha per oggetto la molestia del possesso legittimo ai sensi dell'art. 694 del Cod. Civ. Ora questa seconda, mentre richiede nel possesso maggiori requisiti che la prima, non bastando che sia pacifico, ma dovendo anche avere gli altri caratteri di cui all'art. 686 Cod. Civ. ed essere oltreannale, d'altra parte non ha d'uopo dell'estremo della violenza contro le persone che costituisce l'elemento caratteristico e sostanziale della prima; ciò dimostra che le due indagini non coincidono, e l'esito dell'una sussiste indipendentemente da quello dell'altra, potendosi avere la turbativa che dà luogo al reato senza la molestia che dà luogo alla manutenzione, e viceversa.

Nè è fondata la replica della difesa degli appellanti che con ciò si confonde la identità del fatto con la identità degli estremi delle due azioni, e che indipendentemente da questi debba aversi riguardo all'atto materiale col quale da parte dello agente si esplica la turbativa del possesso altrui, e che ricorre identicamente così per l'azione civile come per la penale, non potendo senza di esso sussistere nè l'una nè l'altra.

Ciò è inesatto poichè gli estremi suaccennati non si riferiscono semplicemente all'azione, ma servono a configurare il fatto negli elementi che debbono costituirlo per essere sottoposto all'indagine del giudice civile e del giudice penale, giusta il carattere e la finalità delle rispettive giurisdizioni.

Così la violenza contro le persone non costituisce un semplice modo di essere del fatto preso in esame dal giudice penale, ma ne rappresenta il contenuto stesso senza del quale non sarebbe possibile l'imputazione; il che si evince dalla semplice lettura dello

— (5) BORSARI, *Cod. civ.*, sull'art. 1156; Cass. pen. 15 nov. 1906, *Cass. un.* XIX, 720; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, I, n. 132; Cass. Roma 30 marzo 1894, *Giur. ital.* 1894, 1, 1, 603; CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giud.*, n. 227 e seg.; VIGNALI, *Comm. al Cod. civ.*, sull'articolo 1156; ecc. Per altra specie: A. Roma 6 dic. 1906, in questa Raccolta 1907, 79.

art. 423 Cod. Pen. Se tale è il fatto da cui nasce l'azione penale è chiaro che esso non ha nulla a che vedere con quello da cui procede l'azione civile che della violenza contro le persone totalmente si disinteressa.

L'esatto concetto poi dei limiti delle rispettive giurisdizioni fa palese come non sia a temere contraditorietà alcuna di giudicati.

Invero la statuizione del giudice penale dovrà cadere unicamente e indivisibilmente sulla turbativa dell'altrui pacifico possesso commessa con violenza contro le persone.

Ora, così nella ipotesi dell'affermativa come della negativa, il fatto affermato od escluso sarà sempre quello suddetto che costituisce l'oggetto della imputazione ed è indifferente pel giudizio civile.

All'infuori di questo, ogni rilievo del giudice penale sarebbe inattendibile pel giudice civile, dovendo il primo indirizzare le sue ricerche ad un fine unico e necessario e cioè la constatazione o l'esclusione del fatto *in quanto è configurato come reato.*

Soltanto da una tale pronuncia, emessa in tali condizioni, può, nei congrui casi, ricevere pregiudizio l'azione civile: e chiaramente invero si espresse la legge all'art. 6 del Cod. Proc. Pen. disponendo che non possa più esercitarsi l'azione civile, quando con sentenza divenuta irrevocabile si sia dichiarato non farsi luogo a procedimento perchè consti non essere avvenuto il fatto *che formò l'oggetto della imputazione*, o l'imputato sia stato assolto perchè risulti non avere egli *commesso il reato* nè avervi *preso parte;* il che è quanto dire che la statuizione in ordine alla esistenza o alla responsabilità del fatto in tanto ha efficacia di giudicato in quanto procede dallo accertamento del reato rappresentato dallo stesso fatto, e mira all'affermazione di una responsabilità penale; ogni altra indagine che non si riconnetta con tale causa e con tale fine è estranea al giudizio e non può quindi dar luogo al giudicato.

Onde è che, concludendo, mentre nella specie non potrebbe influire sull'azione civile l'esclusione della responsabilità penale di taluni degli appellanti, sarebbe poi inefficace, perchè emessa allo infuori della ipotesi del reato, ogni affermazione del giudice penale in ordine a fatti e circostanze che non avrebbero potuto dar luogo alla responsabilità medesima, e che rimarrebbero sempre impregiudicati per l'indagine civile.

Diverso sarebbe il caso se detti fatti e circostanze, sebbene non sufficienti ad integrare il reato attualmente addebitato, fossero tuttavia in sè medesimi suscettibili di un'indagine penale con accertamento di una relativa responsabilità; come potrebbe, ad esempio, avvenire se costituisce reato perseguibile d'ufficio la semplice invasione o turbativa del pacifico possesso, e la violenza contro le persone non fosse che una circostanza aggravante.

Ora ciò non è perchè anzi l'essenza del reato, nella sua unità di fatto indivisibile, sta appunto in tale violenza contro le persone; esclusa la quale, rimangono sempre elementi che avrebbero potuto concorrere a costituire il delitto di esercizio arbitrario delle proprie azioni, ma che, stante la desistenza dalla relativa azione fatta dai Milani con la debita riserva dell'azione civile, costituiscono ormai esclusiva materia di indagine nell'orbita di questa.

In ogni modo il diverso obbietto de' due giudizi è nella specie reso ancor più palese dal rilievo di fatto che il procedimento penale riflette un'invasione che si sarebbe verificata con violenza contro le persone per parte di taluni degli appellanti il 27 dicembre 1905, mentre le turbative che costituiscono materia del presente giudizio continuarono anche nei giorni successivi fino al 30 detto, come risulta dalle prove raccolte, in ispecie dalle deposizioni dei testi Fioravanti Giovanni, e Milani Felice; onde anche per questo lato non pare probabile contraddizione di pronuncie, stante la diversa estensione del periodo di indagine.

Che così dimostrato inapplicabile alla specie l'art. 4 Cod. Proc. Pen. non sembra nemmeno il caso di ricorrere all'art. 31 dello stesso Codice che concede al Giudice civile di sospendere la sua pronunzia se la cognizione del reato influisce sulla decisione.

Infatti i rilievi già enunciati rendono palese quanto siano diversi l'oggetto e il fine del giudizio civile di fronte a quello penale, onde non è il caso che il primo attenda lumi dal secondo, e tanto meno ne attinga gli elementi per la sua risoluzione: d'altra parte l'ampia istruttoria della causa pone già il Tribunale in istato di provvedere senza uopo di ricorrere all'esercizio della facoltà suddetta, del resto, meramente discrezionale e

subordinata allo apprezzamento delle risultanze processuali.

Che se infine in merito all'esercizio della stessa facoltà vuolsi pure dare uno sguardo alle risultanze del procedimento penale, non è inutile rilevare come dagli interrogatori resi da tutti e quindici gli imputati ed esibiti dai Milani risulti come i medesimi hanno ammesso di essersi introdotti nella Tenuta Colle Palombo sia pure all'effetto di semplicemente rivendicare il loro asserito diritto civico: il che potrà essere insufficiente per integrare il reato, ma lascia sempre adito alla turbativa civile.

Che scendendo dopo ciò all'esame del merito non può dubitarsi del fondamento delle domande dei Milani, dimostrato non soltanto dai risultati della prova, ma anche da quelli della riprova.

Rimaneva infatti accertato che i Milani sono nel possesso di Colle Palombo da quasi un trentennio, avendolo goduto in modo continuo, non interrotto, pubblico e senza molestia sino al 27 dicembre 1905 nel qual giorno cominciarono le molestie.

E ciò è in sostanza ammesso dalla difesa degli stessi appellanti, la quale soltanto si fa ad impugnare la esistenza del requisito subiettivo del possesso, che cioè i Milani potessero ritenere Colle Palombo come esclusivamente proprio, e a sostenere d'altro canto che lo stesso possesso sebbene non *corpore* era tuttavia sempre ritenuto *animo* dai naturali di Montorio in forza dei vantati diritti civici.

Ma nè l'uno nè l'altro assunto ha ombra di fondamento.

Non il primo, a proposito del quale può anzitutto osservarsi che l'argomento, che i Milani, stante l'asserita nullità della transazione del 1878, non potessero avere coscienza di essere effettivamente divenuti assoluti proprietari di Colle Palombo, vuole introdurre nella contestazione attuale un elemento che le è del tutto estraneo, cioè quello della *justa opinio domini* la quale, se ha importanza in tema di possesso di buona fede, non ne ha alcuna in tema di possesso legittimo ove giusta la dottrina e la espressa parola della legge basta semplicemente l'animo di tener la cosa come propria.

E che tale animo avessero e dimostrassero i Milani col diuturno ed esclusivo godimento della Tenuta di Colle Palombo, da essi recinta di macerie e siepe, risulta abbondantemente dalla concorde deposizione dei testi.

Quanto al rimanente, essendo in questa sede interdetta ogni ulteriore indagine, basta rilevare che il detto possesso dei Milani si attuò ed esercitò appunto in conformità degli atti della transazione su indicata, onde ne rimaneva chiarito e sempre più corroborato.

Non regge il secondo assunto che si riporta erroneamente ai principii e non risponde alla specie di fatto in esame. Per vero come per acquistare il possesso occorre il concorso dell'*animus* e del *corpus*, così per perderlo basta il venir meno dell'uno o dell'altro.

Nella specie è fuori di contestazione che nè gli appellanti nè gli altri cittadini di Montorio esercitarono il loro preteso diritto su Colle Palombo dal 1877 fino al 27 dicembre 1905; onde già per ciò solo è palese che ad essi non è dato di accampare il possesso, dovendo ritenersi perduto l'elemento materiale di questo, stante il lungo periodo di inattività decorso. Nè la natura del diritto che come civico si pretende essere inerente alla qualità di cittadino lo sottrae alle regole comuni di tale qualità ed ai conseguenti effetti giuridici in ordine alla asserita inalienabilità, imprescrittibilità e così via dicendo. Potrà discutersi in petitorio e assumersi ivi che, pur non essendosi esercitato il diritto, si sia tuttavia conservata la facoltà di esercitarlo; ma intanto, in linea di possesso, l'importante è che non si è più da lungo tempo esercitato, e pertanto non si ha un possesso che concorra o si sovrapponga a quello dei Milani rendendo quest'ultimo non esclusivo od equivoco e vulnerandone l'efficacia agli effetti della manutenzione. Di possesso mantenuto *solo animo* si ha esempio in quei casi in cui si sia momentaneamente abbandonato l'immobile, o se ne sia anche momentaneamente lontani (*saltus hiberni et aestivi*) purchè si conservi sempre la volontà di tenerlo come proprio e goderne: *si non relinquendae possessionis animo, sed postea reversuri inde discessimus* (Gaio IV, 53).

Ma un tale animo non si può conciliare con il prolungato abbandono dell'esercizio del proprio diritto, non conforme alla natura di questo ed alla pratica ordinaria. Deve poi in ogni modo ritenersi definitivamente venuto meno, sempre che al contegno negativo di colui, che già possedeva, si aggiunga il fatto positivo di un terzo che occupi l'immobile: l'ulteriore inazione dopo conosciuta l'occupazione, e l'inefficace tentativo di rioc-

cupare l'immobile, fa, giusta i più precisi testi romani, cessare il possesso che fino a qui si sia ritenuto *solo animo*. Nella specie non solo vi fu da parte de' Montoriani l'abbandono dell'esercizio del loro diritto, per il lungo lasso di tempo suaccennato, ma ci fu di più da parte de' Milani il godimento pieno dell'immobile con esclusione de' primi rivelatasi anche sensibilmente con la chiusura del fondo.

Che anzi le modalità che accompagnarono l'inizio del possesso de' Milani sono tali che autorizzano a fare un passo di più e a dire che i Montoriani espressamente rinunciarono all'esercizio del loro diritto e al conseguente possesso su Colle Palombo, cioè da questo *sua voluntate discesserunt*, secondo la interpretazione più rigorosa del celebre testo di Paolo (*fr.* 8 *Dig. de adq. vel amitt. poss. XLI*, 2) rivelando non solo un *animus* meramente negativo, ma positivo nel senso di non voler più possedere, *ne possiderent*.

Infatti risulta dai documenti esibiti dai Milani che scopo della transazione fu quello di sciogliere la promiscuità esistente in Colle Palombo, assegnando a tal fine una parte della tenuta al Comune ed ai Comunisti, e rimanendo con ciò la restante proprietà dei Milani libera e franca da ogni e qualunque servitù e diritto civico od uso. E traducendosi ad effetto la transazione, risulta anche dalla prova testimoniale che si apposero i termini lapidei, fu recinta di siepe e macerie la parte de' Milani, e i Montoriani si ridussero ad esercitare il loro diritto sulla zona segregata. Quindi per tali incontrovertibili esterne manifestazioni è palese che al precedente *animus* che informava l'esercizio de' diritti civici sull'intero Colle Palombo venne a sostituirsene altro che ricevette per contenuto il godimento di una porzione soltanto della Tenuta in sostituzione di quelli, e quindi si circoscrisse e limitò alla porzione medesima, con conseguente necessaria rinunzia a qualsiasi godimento della rimanente.

Che, passando ora ad esaminare la natura delle molestie di cui i Milani si lagnano, è vano il tentativo della difesa degli appellanti di voler loro togliere ogni importanza agli effetti della manutenzione, non essendo il caso di parlare di reintegra, come già osservò il Pretore, qualificandole come uno sfogo popolare contro i Milani, una passeggiata di protesta.

Anche se a a tanto si fosse circoscritto l'operato degli appellanti, non perciò dovrebbe dirsi inesistente la turbativa del possesso: poichè l'arbitrario ingresso nel fondo all'effetto di affermare i diritti civici, ed anzi di ritornare nel possesso de' medesimi secondo che depongono i testi, già basterebbe da solo a far ritenere menomato il possesso de' Milani, essendo e l'atto e l'intenzione in palese contraddizione con questo. Ma all'ingresso si accompagnarono più efficaci manifestazioni della pretesa accampata, e che anzi tendevano a porla fin da allora in attuazione, come il far pascolare bestiame, lo scavar fosse, il romper rami ed asportarli quasi in segno di dominio. Il che oltrechè render più evidente e grave la molestia ha importanza natural mente per ciò che concerne i danni.

Che, quanto alla responsabilità individuale de' singoli appellanti, la medesima è rimasta in modo non dubbio accertata dalle varie deposizioni testimoniali, le quali si riferiscono nominalmente a ciascuno di loro e tutti li designano come partecipi alle varie turbative avvenute dal 27 al 30 dicembre, mossi da un sentimento e, da un intento a tutti comune. Onde è che non ha fondamento la censura fatta all'impugnata sentenza di aver cioè condannato alla rinfusa gli attuali appellanti; chè anzi la prova non poteva in proposito essere più sicura, sia avuto riguardo a ciascuna deposizione per sè medesima, sia avuto riguardo alle varie deposizioni fra loro, che risultano concordi, sia riguardo ai molti che avevano introdotto il loro bestiame a pascolare, sia in riguardo agli altri che comunque parteciparono alle invasioni, senza che tali conclusioni siano in niuna parte infirmate dalla riprova.

Che egualmente infondata è la censura per avere il Pretore emesso condanna solidale degli appellanti al risarcimento dei danni domandati in dipendenza delle turbative e dovuti accessoriamente a queste: poichè è chiaro che ricorre l'applicabilità dell'art. 1156 C. C. trattandosi di partecipazione di più individui in un fatto illecito unico, con un concorso, se vuolsi, non soltanto materiale ed obbiettivo, ma, secondo risulta dalle cose già dette, anche subbiettivo, quale è rivelato dalla comune intenzione e dall'accordo che univa gli agenti.

Che la condanna solidale nelle spese era autorizzata da quella ai danni, e fu opportu-

namente disposta, perchè in sostanza esse spese rimanevano invariate non ostante il numero dei convenuti, e, mentre questi erano avvantaggiati dal litisconsorzio, non poteva ammettersi che al vincitore facesse carico la insolvibilità di alcuni di essi; e d'altronde anche le spese determinate dalla necessità di ottenere la riparazione del fatto illecito costituivano, in fondo, una specie di danno; alle quali ragioni di carattere più generale si aggiungono le considerazioni di vari elementi della causa che tutti consigliano l'uso della facoltà di cui all'art. 371 cod. proc. civ.

Che altrettanto è il caso di disporre per le maggiori spese del giudizio di appello da porsi solidalmente a carico dei soccombenti, non escluse quelle della interlocutoria 24 novembre — 5 dicembre 1906 per le stesse ragioni già accennate.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

5 giugno 1907, n. 1207

Tempestini *Pres.* — Baviera *Est.*

Lodi o Valentini (avv. *R. Mucci* e *S. Aureli*) contro Comune di Roma (avv. *I. Siliotti*) ed altri.

La denunzia di nuova opera è un rimedio conservativo diretto alla tutela immediata e provvisoria dello stato di fatto esistente contro le immutazioni che altri voglia apportarvi (1).

Essa presidia non il diritto al possesso, ma il fatto del possesso qualunque esso sia (2).

Il giudice pertanto non deve indagare se l'opera nuova violi effettivamente il diritto del denunziante o se costituisca una legittima esplicazione del diritto di chi l'ha intrapresa (3).

Una dichiarazione di carenza di diritto o di azione oltrepasserebbe i confini assegnati a tale giudizio e pregiudicando il merito ne renderebbe inutile la fase ulteriore (4).

E però le ragioni di merito non possono autorizzare il magistrato a rigettare la denunzia che nel solo caso in cui egli abbia la percezione intuitiva della sua assoluta insussistenza e assurdità (5).

A rendere ammissibile l'azione di denunzia basta la possibilità del diritto (6).

Il cittadino utente di fatto di un uso pubblico su bene demaniale è soggetto idoneo a proporre la denunzia (7).

L'uso pubblico non basta a provare la demanialità d'una cosa, che è invece data da quello speciale rapporto coll'ente pubblico, per cui le cose o i diritti subiscono una si-

---

(1-6) Pubblichiamo come ornamento e decoro della nostra Rivista la presente sentenza che per lo spirito d'indipendenza, per l'esattezza matematica dei principi enunciati, per l'acume dell'indagine e per la chiarezza del dettato fa, malgrado il contrario responso della Corte Suprema, veramente onore alla nostra magistratura.

La denunzia di nuova opera era per diritto romano un fatto privato, un residuo dell'autodifesa, lasciato sopravvivere a tutela d'interessi, che sarebbero rimasti pregiudicati dalla sentenza inseparabile dai giudizi ordinari; e chiunque si credesse leso o danneggiato da nuove costruzioni, che ritenesse illegali, ne imponeva colla denunzia la provvisoria sospensione, finchè il denunciato, in seguito a sua domanda, non avesse ottenuto dal Pretore la rimozione del divieto, o finchè non avesse stragiudizialmente prestato cauzione al denunziante, che egli, nel caso che sussistesse un diritto di proibire, rimetterebbe le cose in pristino.

A questa denunzia privata il nostro diritto ha sostituito la denunzia al Pretore e il conseguente procedimento di questo; ma gli estremi per proporre la denunzia e per ammetterla o no sono rimasti gli stessi (art. 698 C. c.); l'esame e accertamento dei rispettivi diritti dei contendenti sono anche oggi rimessi a un successivo giudizio da svolgersi avanti l'autorità giudiziaria competente (art. 940 C. p. c. capov. 2).

Hoc edicto permittitur, ut, SIVE IURE SIVE INIURIA OPUS FIERET, *per enunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio nactemus quatenus prohibendi ius, is qui nunciasset non haberet* (C. 1, pr. D. de operis n. 39, 1). NEC QUIDQUAM INTEREST AN IURE QUIS AEDIFICET AN NON IURE (C. 20 parag. 11 D. cod.)

(7) « Le azioni che i comunisti fanno valere per la reintegrazione e conservazione delle cose di uso pubblico (demanio, strade comunali ecc.) hanno fondamento non già in un diritto del Comune, che sia da essi esercitato col nome di questo, ma nell'azione spettante al comunista come organo di un comune e per diritto suo proprio. Questa azione è stata già ammessa e largamente nella giurisprudenza amministrativa. » (SAREDO. *La legge com. e prov.* III. n. 4772).

Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus no-

gnoria publici iuris *che li rende oggetto immediato della pubblica amministrazione* (8).

L'uso pubblico dei beni demaniali non è incompatibile col diritto della collettività, sì che i cittadini possono contemporaneamente esercitarlo come singuli *e come* cives (9).

L'uso civico, pertinente ai singoli colla consistenza di un diritto subiettivo, è diverso dall'uso pubblico, esercitato dai cittadini come semplice facoltà riflessa del diritto spettante all'ente pubblico, che ne è unico titolare e sovrano regolatore (10).

A stabilire il danno può nel giudizio di denunzia bastare la sommaria cognizione che ne ha il giudice sia di scienza propria, che per notorietà pubblica (11).

Il Tribunale ecc. — I motivi di appello, dedotti dai signori Lodi e Valentini contro la sentenza impugnata si possono riassumere in due proposizioni, e cioè:

1. Il pretore dichiarando gli attori carenti di azione eccedette i limiti del proprio potere, in quanto venne con tale pronunzia a pregiudicare irremissibilmente la questione di merito, che doveva essere lasciata intatta alla giurisdizione del magistrato competente, il tribunale, al quale anzi egli avrebbe dovuto rinviare le parti ai sensi dell'art. 948 codice di proc. civile.

2. Egli, in ogni modo, avendo ritenuto, sia in base allo stato di fatto e di diritto preesistente, sia in virtù della legge 26 dicembre 1901, che il diritto della popolazione di Roma su villa Borghese costituisce non un *uso civico* il quale possa soggettivarsi giuridicamente anche nei singoli utenti, ma un *uso pubblico* la cui tutela in giudizio spetti esclusivamente all'iniziativa del Comune, ha erroneamente giudicato.

Come è chiaro, il primo motivo, che è poi l'unico da discutere, perchè non si renderà necessario procedere all'esame del secondo, trae il Collegio a decidere la questione dei limiti che il magistrato, investito di una denunzia di nuova opera, deve osservare nella delibazione di quel diritto del denunziante, che, normalmente, è destinato a costituire l'oggetto del successivo giudizio possessorio o petitorio. E poichè codesto diritto può avvisarsi così dal lato della capacità processuale del soggetto dell'azione, come da quello della legittimità o meno dell'azione, in sè considerata, per ciò i due aspetti meritano di venire distintamente riguardati.

Circa il primo punto è da osservare come la storia dell'istituto, la configurazione dal medesimo assunta nel diritto vigente, il procedimento di cui è stato dotato, tutto concorre a dimostrare che la *nunciazione* è un rimedio conservativo, diretto alla tutela immediata e provvisoria dello stato di fatto esistente, contro le immutazioni che altri voglia apportarvi. Per cui esso presidia non il diritto al possesso, ma il fatto del possesso, e non il fatto qualificato da particolari condizioni che ne facciano questo o quel tipo giuridico, ma il fatto qualunque. Sia dunque legittimo o naturale, a nome proprio o a nome altrui, esclusivo o comune a molti il possesso che lo attore vanti, in ogni caso egli trovasi nelle condizioni volute dalla legge per *nunciare*, donde segue che, riguardo alla legittimazione attiva dell'azione, l'indagine giuridica del magistrato deve restringersi unicamente a verificare, se nell'attore concorra la condizione subbiettiva di un qualunque possesso della cosa o del diritto di cui si tratta. Con che è anche, evidentemente, realizzato l'accertamento di quell'interesse che, in massima, è titolo sufficiente a spiegare un'azione in giudizio (art. 36 proc. civile).

Quanto al secondo punto, s'intende di per sè che in ogni nunciazione, a parte la valutazione delle condizioni obbiettive dell'opera nuova e del danno, si presenta il seguente quesito: L'*opus novum* viola esso veramente il diritto del denunziante ovvero, sebbene a lui materialmente dannoso, costituisce tuttavia esplicazione legittima di facoltà giuridicamente spettante a chi l'ha intrapreso?

Se si ammettesse che, in sede di *nunciazione*, il magistrato abbia il potere di esaminare a fondo e risolvere tale questione di diritto, ne deriverebbero queste due gravi conseguenze:

In primo luogo, l'impossibilità di mantenere allo istituto quell'indole di rimedio preventivo, sommario, provvisorio, che costituisce,

rum nunciare possunt nam rei publicae interest quam plurimos ad defendendam suam causam admittere (L. 3, parag. 4 L. 4. D. cod.)

(8-11) Massime di evidenza intuitiva, che non hanno bisogno di commento. Vedi in *Digesto Italiano*, voce *Servitù pubbliche*, con note molto interessanti sulla teoria della demanialità ecc. Cfr. anche la nota da noi apposta alla sentenza 16 dicembre 1903 del Trib. civ. di Roma, in questa Raccolta, anno 1904, pag. 90-91.

come fu detto, la sua essenza: di fatti, non puo consentirsi che la dichiarazione giudiziale del diritto, alla quale deve inerire il carattere della certezza, sia il risultato di uno studio superficiale, affrettato, approssimativo, ed abbia effetti del tutto precarii; e, da altra parte, il provvedimento, che il giudice dia come conseguenza del riconoscimento del diritto, rappresenterà, più che un atto di prevenzione, addirittura il momento esecutivo dell'anteriore dichiarazione.

In secondo luogo, l'abolizione di quella fondamentale distinzione tra giudizio conservativo e giudizio di merito, possessorio o petitorio, che è così profondamente scolpita nei principii del diritto e nella lettera della legge. Difatti, se il giudice rigetta la nunciazione con dichiarazione che il nunciante è carente di diritto o di azione e che l'opera nuova è legittima, ognuno intende come codesta pronuncia ha attitudine a passare in giudicato, anche nella parte in cui sembra trascendere la sfera propria del giudizio conservativo, e così pregiudicando definitivamente il merito viene a rendere inutile l'ulteriore fase di giudizio.

Per queste ragioni il Collegio pensa, d'accordo colla dottrina più illuminata, che in un solo caso le ragioni di merito possono autorizzare il giudice a rigettare la denunzia: nel solo caso cioè, in cui egli abbia la percezione intuitiva della sua assoluta inconsistenza ed assurdità: in ogni altro caso di dubbio od incertezza, basta la *possibilità del diritto* dell'attore, perchè prevalga la *presunzione di legittimità* che assiste lo stato di fatto esistente, e per conseguenza si ammetta l'azione. Con che per altro non s'intende affatto precludere al giudice la facoltà di valutare la probabilità o meno dell'esistenza del diritto o meglio la prevedibilità dell'esito del giudizio di merito, ma si vuole affermare che questa indagine non può nè deve avere altro scopo che quello di proporzionare alle circostanze del caso la qualità dei provvedimenti da impartire sia nel senso della continuazione che della sospensione. L'esposizione che precede guida a porre e a risolvere i problemi della causa.

1. Ed anzi tutto concorreva nei signori Lodi e Valentini quella condizione di possesso qualunque che, come fu accennato, basta a legittimare il subbietto processuale della *nunciazione*? Non sembra al Collegio che se ne possa dubitare. Nella nota vertenza giudiziaria agitatasi tra il Comune e gli eredi Borghese, il tribunale di Roma, ammessa come ipotesi la possibilità di un diritto di pubblico passeggio e ritenuta come tesi l'esercizio di fatto di cotesto diritto (v. Cass. Roma, 9 marzo 1887, *Giur. it.*, 1887, I, 1, 200), condannò il convenuto a reintegrare la popolazione di Roma nel possesso del detto uso su villa Borghese. Nè da quell'epoca lo stato delle cose è mutato. Sarà oggetto di ulteriore indagine vedere se nel pensiero della sentenza quel diritto fosse da riferire unicamente ed esclusivamente al Municipio o non anche alla collettività dei cittadini considerati come singoli. Pel momento giova rilevare che, se pur si voglia, preferendo la prima alternativa, assimilarlo in tutto e per tutto all'uso pubblico del demanio stradale, sempre converrebbe riconoscere che l'ente amministrativo, per quanto sia unico ed esclusivo titolare del diritto, pure, incapace com'è di un godimento diretto delle cose, non può usarne altrimenti che a mezzo delle persone separate e distinte dei cittadini. In questa ipotesi, pertanto, sarà verissimo che il cittadino non esercita il diritto di uso su villa Borghese in nome proprio, ma in nome del Municipio, non lo esercita in maniera esclusiva, ma comune e concorrente colla collettività; ma poichè fu antecedentemente riconosciuto che anche queste forme di possesso in nome altrui e comune a molti sono tutelate dalla nunciazione, quindi è che anche il cittadino, utente di fatto di un uso pubblico su bene demaniale, presentasi come soggetto idoneo a proporre giudizialmente quell'azione.

Non si mancherà di obbiettare che questa affermazione urta violentemente contro la dottrina e la giurisprudenza, le quali contestano al cittadino d'insorgere, a tutela dell'uso generale, contro la nuova opera che il privato o l'amministrazione elevi sul suolo pubblico. Ma l'obbiezione cela un equivoco, in quanto ciò avviene non perchè il cittadino non abbia il possesso e con ciò l'interesse idoneo a legittimare la sua capacità processuale di denunciante, ma perchè si reputa, in merito, che codesto interesse non raggiunga, per la prevalenza da accordare al potere discrezionale della Amministrazione sulle cose pubbliche, la consistenza di un vero e proprio diritto. Come si vede, qui si è, piuttosto e precisamente, nei termini di quell'*unus casus*, in cui il magistrato, avendo la percezione intuitiva della insussistenza della pretesa del-

l'attore, può respingere la nunciazione per carenza di diritto.

2. Ed allora sorge, spontanea, l'altra domanda: il diritto dei signori Lodi e Valentini si presentava veramente con tali caratteri di inconsistenza ed assurdità da ricadere anch'esso in quell'*unus casus*, in cui è riconosciuto al magistrato il potere di rigettare l'istanza per motivi di rito? La risposta non può essere che negativa.

Fu dianzi accennato, ma conviene qui più precisamente esporre in quali termini si dibatteva la questione avanti al pretore. I denuncianti si qualificavano titolari *uti singuli* di un uso civico su villa Borghese, ed assumendo che la costruzione ivi impresa dalla commissione reale ledeva il loro diritto, in quanto diminuiva l'area addetta a passeggio e deturpava le bellissime linee del paesaggio, chiedevano la sospensione delle opere. All'opposto i vari enti intervenuti, Commissione reale, Amministrazione dello Stato, Comune, sostenevano che quel diritto non era già un uso civico pertinente alla collettività e quindi tutelabile con azione propria dai singoli utenti, ma un uso pubblico di cui solo il Comune era il soggetto e solo al Comune spettava l'esercizio delle relative azioni giudiziarie.

Il pretore accolse quest'ultima tesi e rigettò la domanda: ma la sua sentenza nella quale si comincia col dichiarare che spesso scrittori e giudici hanno confuso codeste servitù pubbliche su ville, musei, gallerie e simili coi veri e proprii usi civici, poi si tenta la costruzione dommatica degli usi civici in confronto a quella dell'uso pubblico, ed a seguito di una indagine nè breve, nè superficiale, sui precedenti storici della villa, sullo spirito delle sentenze che chiusero il dibattito giudiziario del 1885, sulla portata della legge del 26 dicembre 1901, si finisce per ascrivere quel diritto alla categoria dell'uso pubblico piuttosto che a quella dell'uso civico, tutta la sentenza, diciamo, costituisce la migliore dimostrazione che il merito della causa involgeva questioni altamente controverse, tali da escludere che o il diritto degli attori, o quello degli enti intervenuti s'imponesse col prestigio di una irresistibile evidenza. Ma conviene che di ciò si dia una dimostrazione diretta.

Il primo giudice pervenne alla negazione del diritto dei signori Lodi e Valentini, partendo per un lato dai caratteri differenziali, che esistono tra gli usi civici e la servitù pubblica su villa Borghese, e, per l'altro, dai caratteri comuni che è dato riscontrare tra questa e l'uso pubblico sui beni demaniali

Ora il Collegio ha il dovere di procedere a qualche rilievo su questo sistema di motivazione; e ciò, si noti, non allo scopo di confutare la tesi del pretore la quale può anche essere esatta, ma a quello diverso, di provare la semplice possibilità del diritto dei signori Lodi e Volentini, unico elemento che in questa sede occorra accertare.

Che il diritto della popolazione di Roma su villa Borghese non sia un uso civico, agrario, della serie di quelli, cioè, che sotto il nome *di macchiatico, vagantivo, ademprivio* e simili sussistono qua e là nei demanii comunali, specie del mezzogiorno e delle isole, è opinione nella quale si può convenire senza troppa difficoltà.

Diversa ne è l'origine storica, che per gli usi risale o alla proprietà collettiva delle originarie comunità di villaggio, o alla concessione dei sopravvenuti signori feudali, laddove l'altro si collega ad un negozio giuridico che ha tutti i caratteri della classica *publicatio*. Diverso è il contenuto, che negli uni è economico e tende ad appagare le necessità elementari della vita: *spigolare, aquare, pernottare;* laddove nell'altro corrisponde a bisogni di sfera più elevata, igienici ed estetici, in relazione alle esigenze progressive della civiltà.

Ma la constatazione di queste differenze di origine, di contenuto e sia pure di altre modalità secondarie tra l'*uso civico* e la *servitù pubblica*, autorizza essa, per sè medesima, ad escludere che l'uno e l'altra siano due tipi di un unica e più vasta categoria giuridica, così da avere comune appunto quel carattere che il pretore ritenne proprio solo agli usi civici, il carattere, cioè, di diritti spettanti a intere collettività d'individui indipendentemente dalla loro appartenenza ad un ente autarchico territoriale, per modo che tale appartenenza serva unicamente come modo di designazione dei titolari del diritto, e l'ente agisca non *iure proprio*, ma come rappresentante ed organo dell'interesse dei singoli, senza che, per altro, ciò tolga al singolo il diritto di agire da sè solo per la tutela del diritto proprio? Francamente, non sembra che esista alcuna ragione logica o giuridica la quale vieti che codesta situazione di diritto, ammessa pacificamente negli usi civici, non sia possibile in altri istituti e precisamente nella servitù pubblica dei cittadini romani su villa Borghese.

Se tale impossibilità si volesse derivare, come pare sia pensiero del pretore, dall'elemento dell'uso pubblico che quella servitù ha comune col diritto civico sui beni demaniali, nel quale è pacificamente ammessa la concezione opposta, allora converrebbe prima stabilire che veramente l'uso pubblico sia il carattere essenziale della demanialità. Il che non è affatto pacifico, in quanto una dottrina recente sostiene:

a) che l'uso pubblico, se è in ogni caso sufficiente a provare il diritto della collettività, non basta, per sè stesso, a determinare la demanialità della cosa (tanto vero che le cose militari non soggette all'uso pubblico sono demaniali, e i così detti *demani comunali* che vi stanno soggetti non lo sono);

b) che la demanialità è invece data da quello speciale rapporto coll'ente pubblico, per cui le cose o i diritti vengono a subire una signoria *publici iuris* che li rende oggetto immediato della pubblica amministrazione.

E allora, da questo punto di vista, si dovrebbe riconoscere che la servitù pubblica su villa Borghese non è sorta in maniera simile a tutti gli altri beni demaniali. Perchè, a fondamento della sua demanialità, non sta alcun atto costitutivo emanante dalla pubblica amministrazione. Nè è invocabile il titolo della prescrizione amministrativa, in quanto questa presuppone che la cosa o il diritto già sia nel possesso dell'Ente pubblico e che questo per tutto il conveniente decorso di tempo lo abbia considerato e trattato come proprio: il che nella specie non si verifica. Difatti, tale possesso non può essere integrato dai pochi atti di autorità che in circostanze eccezionali e a distanza di secoli vi fecero il comandante della piazza e il governatore della città; anzi sembra escluso dalla gelosa suscettibilità colla quale i principi Borghese, nel tempo stesso in cui mettevano con ogni larghezza a disposizione del popolo la loro villa, resistevano e protestavano al più semplice sospetto d'ingerenza da parte delle autorità locali.

Quella servitù, invece, è sorta per l'atto di un privato, il cardinale Scipione Borghese, il quale aprì i cancelli della villa ai cittadini di Roma ed invitandoli ad accedervi e a goderne colla maggiore libertà, ad essi, non al Municipio, la dedicò:

« *Ito quo voles, carpito quae voles*
abito quando voles
exteris magis haec parantur quam hero »

E il pubblico, ossia la collettività dei singoli, accettò la magnifica offerta, e per oltre tre secoli, indipendentemente da qualunque intromissione di enti pubblici, la frequentò, ne godette con gioia e pose in essere quella consuetudine immemoriale la quale, per dirla con un chiaro giurista, se può talora essere annoverata come fattore di demanialità, lo è solo nel senso di dare consistenza di diritti ad interessi che ai singoli dalla demanialità possono derivare.

Dalle cose dette dunque risulta che la demanialità della servitù su villa Borghese, innegabile finchè si riponga il carattere della demanialità nel puro e semplice uso pubblico, diventa problematica quando la si faccia consistere nell'accennata signoria di diritto pubblico. In quanto al rapporto giuridico tra il fondatore e il pubblico, il cui svolgimento fu sopra delineato, il Municipio appare del tutto estraneo almeno fino al 1885, cioè fino all'anno in cui, per l'inconsulta chiusura della villa da parte del proprietario, esso fu indotto a tutelare con azione possessoria il diritto dei cittadini.

Ma almeno nel 1885, in quel giudizio possessorio, il Comune agì come unico ed esclusivo titolare del diritto, o non piuttosto come rappresentante ed organo della collettività degli utenti?

Il pretore ritenne la prima ipotesi, ma anche qui le ragioni di dubitare non mancano. Già gli stessi patroni del Comune, il Mancini e il Meucci, di cui d'altronde son note le opinioni scientifiche in materia, nelle loro allegazioni non soltanto parlano ad ogni passo del diritto dei cittadini, della collettività degli utenti, della popolazione di Roma, ma concepiscono addirittura quella servitù pubblica come un vero e proprio uso civico: il che si sa che cosa significhi dal punto di vista della subbiettivazione del diritto. Basti citare questo luogo memorabile: « L'ambizione e l'amore di popolarità, la stessa esuberanza delle ricchezze, la coscienza di averle male talvolta guadagnate, il bisogno di ingraziarsi il popolo angariato, di farsi perdonare il fasto insolente, di ricompensarlo in qualche forma, ragioni di necessità e d'interesse generavano rapporti di ordine economico e giuridico... tra ottimati e popolo. Così nelle campagne, ove l'impotenza del signore a coltivare i più grandi latifondi corrispondeva alla potenza e al bisogno del popolo di abitarli e coltivarli, si generarono i diritti

popolari sui grandi domini feudali, come i diritti di seminare, pascere, legnare, ghiandare e simili. Nella città invece, in cui i bisogni del popolo sono di un ordine più elevato e si riferiscono più alla vita spirituale che alla vita materiale, più alla coltura delle menti che a quella dei campi, vennero a prodursi gli usi pubblici sugli stabilimenti d'indole scientifica, letteraria, artistica, come musei, gallerie, biblioteche, ville ecc. ».

E la sentenza del tribunale fondò appunto sugli usi civici la sua costruzione giuridica delle servitù pubbliche, e alla obbiezione, ora rinnovata dal pretore anticipatamente rispondeva: « Nè si dica che per le leggi romane e le legislazioni successive quest'onere sulla privata proprietà a favore del pubblico rifletteva sempre bisogni materiali, imperocchè il principio è unico, ed ammessa la legittimità del vincolo perpetuo a pro del pubblico, poco importa di sapere la natura di tali bisogni. D'altronde è da osservare che i bisogni sociali sono in relazione diretta colla civiltà di un popolo, e che il suo progresso civile viene determinato appunto dai bisogni intellettuali e morali ai quali conviene provvedere al pari di quelli materiali ». Non è dunque a prima vista evidente in quale veste, allora, abbia agito il Comune.

Senonchè, all'intento di escludere ogni possibilità di dubbio nella causa, si è dedotto che, dopo la legge 26 dicembre 1901 colla quale, come è noto, il Governo fu autorizzato ad acquistare la villa Borghese ed a cederla al Comune di Roma a condizione che questo la trasformasse in pubblico giardino, il diritto eventualmente preesistente dei cittadini *uti singuli* sia rimasto estinto o in ogni modo incompatibile o confuso col nuovo diritto che a loro, *uti universi*, deriva dalla demanialità, ormai incontestabile, della villa. Ma a questo argomento può, in linea di ipotesi, darsi sicura risposta.

Difatti quella legge, se autorizzò l'acquisto della proprietà privata della villa dagli eredi Borghese, non autorizzò affatto l'espropria del diritto eventualmente appartenente alla collettività dei singoli, nè tanto meno ne decretò l'abolizione. E' dunque perfettamente giuridico che per la sua natura reale esso abbia continuato a pesare sull'immobile anche attraverso i detti passaggi dai Borghesi allo Stato e dallo Stato al Comune.

Nè sussiste alcuna incompatibilità: che, se l'uso pubblico dei beni demaniali coesiste senza difficoltà pur colle concessioni che tendono a limitarne l'esercizio in favore di associazioni private, non si vede perchè esso debba essere incompatibile col diritto della collettività e perchè il cittadino non possa contemporaneamente esercitarlo nella doppia qualità di *singulus* e di *civis*.

Quanto poi alla asserita confusione tra i due diritti, è decisivo il notare che altro è l'uso pubblico esercitato dai cittadini come semplice facoltà riflessa del diritto spettante all'ente pubblico, altro l'uso civico pertinente ai singoli colla consistenza di un diritto subbiettivo, e sarebbe incivile che un interesse avesse efficacia di assorbire un diritto. Per altro il fatto indiscutibile, che gli usi civici si sono formati anche e specialmente sopra beni comunali, è la prova più convincente che il nuovo stato di cose sia tale da lasciare intatti l'esistenza e il carattere della preesistente servitù pubblica sempre nell'ipotesi che ad essa debba consentirsi il carattere giuridico dell'uso civico.

Appena poi occorre avvertire come il dubbio relativo all'entità del diritto dei cittadini romani si rifletta inevitabilmente sulla consistenza dei diritti dell'amministrazione. Se fosse certo, o si potesse in questa sede decidere, come volle il pretore, che il diritto della cittadinanza romana su villa Borghese non è altro che un uso pubblico su bene demaniale, allora sarebbe veramente intuitiva la mancanza di azione degli attori, appunto perchè dell'uso pubblico unico titolare e sovrano regolatore sarebbe il Municipio. Ma poichè tutta la precedente motivazione tende a dimostrare, da una parte il dubbio che quel diritto sia un vero e proprio uso pubblico su bene demaniale, per modo che i privati ne derivino solo un'utilità e non un diritto, dall'altra, la possibilità che si tratti di una *specie* di uso civico appartenente alla collettività, epperò individualizzantesi nei singoli colla forza e la dignità di un diritto azionabile, la conseguenza è che in questa seconda ipotesi sia fuor di luogo ogni richiamo alla facoltà insindacabile dell'ente amministrativo, perchè dove è un diritto privato e pubblico, che abbia origine e titolo anteriore e indipendente dal fatto o dalla concessione dell'amministrazione e sia giuridicamente protetto, ivi cessa, per ciò stesso, fin la possibilità del potere discrezionale. E ciò a prescindere dalle altre questioni ventilate sulla legittimità o meno dell'ulteriore riserva dei

50,000 mq. sull'area della villa fatta dallo Stato dopo la rinunzia alla prima riserva per il palazzo di agricoltura unicamente preveduta dalla legge 1901. Questioni queste, che, come tutte le altre agitate nella presente causa, sfiorano le più alte cime delle scienze giuridiche e debbono trasmettersi impregiudicate al giudizio di merito, non essendo nè civile nè serio che sommariamente si discutano e definitivamente si decidano in sede di nunciazione e per di più dal giudice che ordinariamente non ne ha la competenza.

Così in questa sede, verificata la regolarità della legittimazione attiva all'azione, e la possibilità che il diritto degli attori, per quanto incerto, venga successivamente riconosciuto, non rimane che esaminare il concorso delle condizioni obbiettive della *nunciazione*: la nuova opera, il danno. Ora, la novità dell'opera non si contesta. Quanto al danno che l'edificio oggi impreso arrecherebbe all'eventuale diritto della cittadinanza, basta la sommaria cognizione che il giudice ne ha, sia di scienza propria, che per notorietà pubblica. E' davvero intuitivo che la costruzione iniziata e i successivi suoi sviluppi sottraggono al pubblico passeggio un'area che ha sempre avuto quella destinazione. E di fronte al movimento che l'abbattimento dei pini secolari ha destato nelle classi colte della cittadinanza, non solo, ma in tutta Italia e financo all'estero, di che giova credere che sia cagione non l'artificio di meschini interessi locali, ma piuttosto il ravvivarsi e l'affinarsi della coscienza artistica del popolo, di fronte a questa grandiosa manifestazione non è lecito dubitare che veramente quell'opera offenda l'impareggiabile armonia di linee e la profonda suggestione di ricordi che la villa trae dalla bellezza della natura, dal prestigio della storia e dal genio dell'arte.

Ciò posto, e tenuti presenti tutti gli altri elementi di fatto e di diritto della causa, il collegio decide che la continuazione delle opere sia, provvisoriamente, da vietare: il qual provvedimento può liberamente emettersi in quanto col medesimo non si revoca o modifica la concessione fatta dallo Stato, dato che di una vera e propria concessione amministrativa si tratti, il che non fu nè provato nè dedotto: ma solo si arresta un'opera che si esegue nell'interesse di un istituto, del quale nessuna delle parti ha chiarito la natura, o almeno eccepito il carattere di ente autarchico.

Avv. A. SANTE MARTORELLI, Direttore responsabile.

Tipografia "Industria e Lavoro„ Via delle Coppelle num. 35 - Roma.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

13 aprile 1907 n. 327

Basile *Pres.* — Pianigiani *Est.*

Dettori (avv. *P. Pietri*) contro Aru.

Se la polizza o promessa unilaterale per scrittura privata, di cui all'art. 1325 cod. civ., non è redatta in conformità alle prescrizioni dell'articolo suddetto, essa costituisce indubbiamente quel principio di prova per iscritto, del quale è parola nel successivo art. 1347 (1).

Eccependosi che la madre, passata a nuove nozze, non si è uniformata alle prescrizioni dell'art. 237 cod. civile, la prova di ciò incombe a chi muove la eccezione e tale prova può darsi con un certificato della cancelleria del competente Tribunale (2).

La madre che amministra i beni dei figli può validamente riconoscere, nei confronti dell'Esattore, il debito delle imposte (3).

L'Esattore che anticipa le imposte all'Erario per un contribuente senza invocare il privilegio esattoriale mette in essere un mutuo, e quindi il contribuente contrae un debito soggetto alla sola prescrizione trentennale (4).

La Corte ecc. — La eccezione, ripetuta nel primo motivo del ricorso, giustamente venne respinta dalla Corte di appello, perchè quel *qualunque scritto*, di cui parla l'articolo 1347 del cod. civ., comprende anche la semplice firma apposta a una scrittura vergata per mano altrui, tutti sapendo che la firma incarna la volontà dello scrivente e spesso basta da sola a dar vita e sostanza ad una obbligazione. Ben dissero quindi il Tribunale e la Corte che se la scrittura del 24 ottobre 1883 non poteva costituire una piena prova dell'obbligazione, in quanto mancava del *buono ed approvato*, di cui nell'articolo 1325 del codice civile, essa però costituiva quel principio di prova scritta che autorizza alla ammissione della prova complementare per testimoni o per presunzioni; nel che dottrina e giurisprudenza sono concordi.

E tali presunzioni, prese di mira col secondo motivo, il magistrato di merito con giudizio incensurabile di apprezzamento credè di trovare gravi, precise e concordanti nella menzionata scrittura posta a raffronto colla dichiarazione rilasciata dal Dettori nel 24 settembre 1878, colla precedente corrispondenza epistolare di epoca non sospetta, e finalmente con le quietanze esattoriali, le quali col trovarsi sempre e da lungo tempo, senza neppure il tentativo dell'azione esecutiva, in potere dell'Aru, staccate dal rispettivo bollettario, mostravano da un lato che i debitori dell'imposta non l'avevano mai pagata, e dall'altra che era stata versata nella Cassa pubblica con danaro dell'esattore.

E ciò verosimilmente per effetto dei buoni rapporti di amicizia, denunziati dalle stesse parti ricorrenti, che esistevano fra l'Aru e il Naitana, marito in seconde nozze della Descreiber.

Nè giova alle ricorrenti dedurre col terzo motivo la mancanza di prova che la loro madre prima di passare a seconde nozze fosse stata conservata all'amministrazione dei beni pupillari, ed il difetto dell'autorizzazione del Tribunale; perchè (senza entrare nella questione dell'amministrazione di fatto presunta dall'art. 238 codice civile) le ricorrenti stesse, qualora avessero avuto fede nella fatta eccezione, avrebbero dovuto esse stesse in ossequio al noto aforisma opportunamente invocato dalla Corte *reus in excipiendo fit actor*, provare la circostanza: cosa che sarebbe stata loro assai facile, in maniera positiva e diretta, il mostrare con un certificato del Tribunale (che la legge non vieta) attestante che dai registri non resultava essere stata in

(1) Vedi nell'opera *La giurisprud. sul Cod. civ.* (Roma, Camera dei Deputati, 1892), sotto gli articoli 1325 e 1347. Cfr. anche C. LESSONA, *Teoria delle prove*, 2.a ediz., vol. III, n. 130.

(2-3) Non ci sembra discutibile la esattezza di queste massime. Fino a qual limite siano efficaci le confessioni del debito da parte di tutori o amministratori può vedersi in QUARTA, *L'interrogat. e il giur. delle pers. giur.*, n. 104.

(4) Anche a prescindere dall'ipotesi del mutuo, l'Aru avrebbe potuto sempre ripetere nel trentennio le somme versate a soddisfacimento delle imposte, spiegando una opportuna *actio negotiorum gestorum*. Cfr. ATZERI, *La gestione d'affari* (Torino, Bocca, 1904), capitolo V.

In materia di prescrizione trentennale una grave sentenza 25 ottobre 1906 dell'A. Macerata (*Corte Ancona* 1906, 1, 435) ha ritenuto che «il diritto del creditore ad essere rimborsato dal debitore della tassa di ricchezza mobile, nascente dal contratto, si prescrive se durante il trentennio non è stato mai esercitato».

quel turno chiesta od accordata la opportuna omologazione della quale è cenno all'articolo 237 del codice civile. In quanto poi concerne l'autorizzazione del Tribunale per il riconoscimento del debito d'imposte, è manifesto, come ben disse la Corte, che trattavasi di atto di semplice amministrazione, per il quale non occorreva l'intervento tutorico del magistrato.

Viene finalmente la questione della prescrizione, sulla quale versano i due ultimi motivi, ed anche su questo è mestieri riconoscere che la Corte ha ben giudicato ritenendo che coll'anticipazione fatta dall'Aru senza valersi dei suoi privilegi esattoriali il debito delle imposte perde il suo carattere originario di annualità per assumere quello di un debito di sorte verso la persona privata dell'Aru, contro il quale debito dopo la scrittura novatrice del 1883, che riuniva tutte le passività in un solo debito capitale, non era opponibile che la prescrizione trentennale. E mal si adduce che le imposte erano già colpite da prescrizione e che la Descreiber non poteva di suo rinunziare a tale eccezione in danno della minorenne, perchè, posto in fatto che venisse dai ruoli di anno in anno cancellato di accordo il debito della imposta per una condiscendenza dell'Aru (e la condiscendenza si desume dalla generosa inazione verso i contribuenti morosi), sottentrava di mano in mano per presunto consenso delle parti un credito particolare dell'Aru, il quale nel caso assumeva la figura di mutuante: credito prescrittibile per sua natura nel periodo ordinario dei trenta anni, e che nella peggiore delle ipotesi, sarebbe anche assistito dalla disposizione dell'articolo 2144 del codice civile.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

16 aprile 1907 n. 334

Caselli *Pres.* — Pianigiani *Est.*

De Marinis e Capasso (avv. *P. Grippo*) contro Moio (avv. *F. De Roberto* e *G. Durante*).

Sia per la vigente legge sulla riscossione delle imposte, sia per le leggi che la precedettero, l'esproprio di un fondo enfiteutico, pel debito tributario che lo gravi, comprende anche l'alienazione del dominio diretto, e quindi l'aggiudicatario acquista il fondo franco e libero dal canone (1).

La Corte, ecc. — Questo Supremo Collegio ha più volte proclamato il principio contrario a quello seguito oggi dalla Corte di appello di Napoli, il quale, sanzionato espressamente dall'ultima legge sull'imposte dirette del 19 giugno 1902 (art. 52), è implicitamente e per logica tributaria contenuto nelle precedenti, siccome quello che deriva dalla natura stessa reale dell'imposta fondiaria.

E, per vero, tutti ormai sanno che questa colpisce non la persona, ma il fondo e lo colpisce tutto e in ogni sua parte, di maniera che le convenzioni, o altri regolamenti diretti vuoi a frazionare il dominio, vuoi a distribuire il pagamento dell'imposta, non spiegano alcun effetto in rapporto al Fisco, rispetto al quale, per la nuova e per l'antica legge, rimane sempre obbligato e garante il fondo nella sua totalità. Onde l'art. 67 della legge 20 aprile 1871, lungi dal vietare l'espropriazione del dominio diretto impone soltanto all'esattore di notificare l'avviso d'asta al direttario se questi abbia in precedenza curato di far notare al catasto il suo dominio; e il successivo art. 57, modificato dalla legge 2 aprile 1882, riconosceva esplicitamente (checchè dica in contrario, sottilizzando, la parte controricorrente) il diritto dell'esattore di vendere l'intero fondo, quando disponeva che il direttario, avvisato o no, è preferito ai creditori nel riscatto del fondo «che dall'esattore si vende come libero». E quindi la disposizione dell'art. 52 dell'ultima legge non segna un *jus novum*, ma esplica e ferma la legge precedente, togliendo all'interprete qualunque oscitanza.

E' poi superfluo avvertire la mostruosità che ingenera la sentenza denunziata col ritenere che l'esattore abbia venduto bene e l'aggiudicatario comprato male e col rivolgere in questo tutto l'obbligo delle indagini, che, se mai, sarebbero state più dicevoli e facili al pubblico funzionario; non senza final-

---

(1) Tesi d'indiscutibile esattezza. Cfr. SERA, *Commentario* (Frascati, 1903), n. 424 e seg., ove è riportato anche un brano della relazione ministeriale al Senato. Il Supremo Collegio di Roma, oltre quelle citate dal SERA, ha anche altre più recenti e conformi decisioni sull'argomento: vedi, ad esempio, la sentenza 21 gennaio 1903, in *Foro ital.* 1903, 1, 198, con nota.

Per una trattazione ampia della controversia si può consultare l'opera, rinnovellata *ab imis*, del DE PIRRO, *Della enfiteusi* (Milano, Società edit. libraria, 1907), n. 74, e pag. 433 e segg.

mente dire che, se una vera negligenza oggi esiste, si è quella dei direttari, che non curarono, a norma dell'art. 62 del regolamento 2 giugno 1892, di fare annotare al catasto il loro dominio eminente, perdendo così anche il diritto di avere la notificazione del bando in ordine all'art. 67 ricordato di sopra.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

11 maggio 1907 n. 421

Baudana *Pres.* — La Terza *Est.*

Eredi Canestri (avv. *A. Orlandi*) contro Canestri (avv. *C. Camerini*).

Il legittimario, che abbia in tempo opportuno (art. 950 cod. civ.) *revocata la sua rinunzia all'eredità, torna a possedere il diritto di chiedere contro i donatarii la riduzione delle donazioni effettuate dal defunto* (1).

La Corte ecc. — Osserva che l'unica questione della causa sta nel vedere se il legittimario, il quale rinunzia alla eredità e poi revoca la rinunzia, senza che siasi prescritto il diritto di lui ed altri eredi non l'abbiano accettata, possa chiedere la riduzione delle donazioni fatte dal defunto.

Ora cotesta questione, risoluta negativamente dalla Corte di appello, fu mal risoluta, e ben s'insorge a questo Supremo Collegio dagli eredi di Luigi Canestri.

Dalle parti invero non si disputa, nè potrebbe disputarsi, di fronte ad una esplicita disposizione di legge, che il legittimario possa revocare la rinunzia precedentemente fatta, purchè il diritto alla accettazione della eredità non si sia prescritto ed altri eredi non l'abbiano accettata. La disputa, invece, cade sugli effetti di cotesta rinunzia, inquantochè, mentre il Giuseppe Canestri sostiene che, col rinunciarsi alla eredità, diviene irriducibile la donazione, gli eredi del Luigi lo negano. Ma la tesi del resistente non ha alcun fondamento giuridico.

Niun dubbio che la rinunzia alla eredità importa anche la rinunzia al diritto di riduzione delle donazioni che eccedono la quota legittima, essendo ciò strettamente logico ed intuitivo; ma, quando avviene la revoca della rinunzia, è altrettanto logico e intuitivo il riconoscere che il diritto a chiedere la riduzione risorga e si ripristini, non potendosi concepire che, ripristinata la qualità di erede, si neghi e venga meno ciò che è insito alla qualità stessa. Se così non fosse, si giungerebbe all'assurdo di rendere lettera morta la legge, di distruggere ciò che essa vuole e comanda.

Il legislatore, è vero, vuol salvi i diritti dei terzi; ma questi diritti, tassativamente indicati nell'art. 950 cod. civile, sono quelli derivanti da prescrizione o da atti fatti col curatore della eredità giacente, e non già gli altri relativi alla irriducibilità delle donazioni, che si accampa per virtù del solo fatto della rinuncia, la quale, perchè poscia revocata, diviene senz'alcun effetto, ed obbligato quindi il donatario a restituire, non potendo ritenere ciò che eccede la disponibile. Il donatario non ha diritto quesito, nè la legge lo poteva contemplare tale, dal momento che

---

(1) La questione risoluta dalla presente sentenza è la seguente: La disposizione dell'art. 950 è tassativa o dimostrativa, ossia il rispetto dei diritti quesiti, che limita la facoltà di accettazione del rinunziante, è dalla legge imposto nei soli rapporti dei successibili e dei terzi che hanno contrattato col curatore dell'eredità giacente, o deve estendersi a tutti i diritti acquistati in forza della rinunzia? La sentenza risponde che tale disposizione è tassativa. Da ciò deriva la conseguenza che il legittimario può impugnare le alienazioni, che, nel tempo decorso fra la rinunzia e la posteriore accettazione, si fossero fatte dai donatari nel caso che la donazione eccedesse la quota disponibile. Ora che il legislatore, con una disposizione, che, come si è ripetutamente osservato, consacra una vera anomalia, uno *jus poenitendi*, che non ha alcun ragionevole fondamento, abbia voluto per tutto un trentennio tenere in sospeso la legittima trasmissione della proprietà, è un fatto così grave, che le ragioni addotte dalla Corte a favore dell'interpretazione da lei adottata non bastano a persuaderci della sua esattezza. Se è vero che tale diritto di resipiscenza fu concesso in quanto nessuno ne poteva aver danno, sarà giusto interpretare la relativa disposizione in modo da rendere un tal danno possibile? E' proprio vera la dommatica affermazione che il donatario non ha in forza della rinunzia alcun diritto quesito? Qual è la ragione giuridica di siffatta diversità di trattamento nei rapporti dei terzi? Non è in queste brevi note che possano approfondirsi tali questioni, ma ci è parso opportuno richiamare su di esse l'attenzione degli studiosi. — La sentenza cassata è dell'A. Bologna 15-5-1906, *Temi*, 1906, 553.

aveva concesso al legittimario la facoltà della revoca. L'ammettere un diritto alla irriducibilità delle donazioni e nel tempo stesso riconoscere il diritto alla revoca della rinunzia sarebbe ed è una stridente contraddizione, in cui non cadde il legislatore, limitando il diritto dei terzi in quei soli casi previsti.

Di qui è che, se il Luigi Canestri poteva revocare e revocò la rinunzia fatta a suo nome dalla madre, perchè a quel tempo minorenne, e se questa revoca importa per immediata e necessaria conseguenza la ripristinazione del diritto a chiedere la riduzione, è chiaro che un siffatto diritto, fatto valere verso il donatario Giuseppe, non gli si poteva contendere e sconoscere.

Senonchè si osserva in contrario, e fu anche osservato dalla Corte con la denunciata sentenza, *in primo luogo* che la rinunzia prevista dall'art. 950 del cennato codice concerne la rinunzia all'*universum jus* del *de cujus* non il diritto proprio che possa spettare all'erede. Ma cotesta osservazione non regge, imperocchè la legge non distingue, nè poteva distinguere senza venir meno ai suoi precetti intesi a tutelare la quota legittima.

In secondo luogo, che la dottrina francese già interpretò l'art. 790, corrispondente all'art. 950 cod. civ. italiano, nel senso della irriducibilità della donazione. Ma anche questa seconda osservazione non regge, non solo perchè il codice francese non ha disposizioni al riguardo del tutto identiche al nostro codice, ma anche perchè la interpretazione data dalla scuola e giurisprudenza francese, quantunque neppur con unanime parere, non esclude che possa darsene una diversa da chi è chiamato a pronunziare e decidere, tanto più con diverse leggi.

In terzo luogo, che i diritti dei donatari rimarrebbero sospesi per una disposizione informata ad un principio di equità, e sarebbero anche possibilmente pregiudicati i diritti degli aventi causa dal donatario. Ma, a prescindere dall'esame se fu una ragione di equità o una ragione di diritto quella che spinse il legislatore a dettare l'art. 950, ed ammesso pure quanto dicesi, cioè che il fondamento del detto articolo sia l'equità, non per ciò ne deriva la disapplicazione dello stesso di fronte ai donatari, che in sostanza non hanno un diritto quesito alla irriducibilità della donazione, ma una sola e semplice speranza, e di fronte agli aventi causa dai donatari, che non possono, nè debbono ignorare, con la condizione dei medesimi, la legge.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

22 maggio 1907, n. 454

Baudana *Pres.* — Spirito *Rel.* — Corbo *Est.*

Cattedrale di Foligno (avv. *C. Petrillo* ed *E. La Monica*) contro Comune di Foligno (avv. *F. Antonelli*).

Se l'attore ha specificatamente determinato in prima istanza la causa petendi *e il dibattito si è mantenuto nei limiti della causale dedotta, non può invocarsi nel giudizio di appello una causale diversa, ostandovi il divieto dell'art. 490 cod. proc. civile di proporre in appello domande nuove* (1).

Se, però, in prima sede la causa petendi *fu espressa genericamente ovvero se le mutue deduzioni delle parti ampliarono il tema della controversia, non è vietato di sostituire in appello un nuovo fondamento all'originaria domanda* (2).

La Corte ecc. — La Chiesa cattedrale di Foligno ed il priorato della stessa Chiesa, non-

---

(1-2) Non sappiamo francamente approvare questa sentenza. A nostro modesto avviso, se è vero che la *causa petendi* non è il *petitum*, deve ritenersi lecita sempre ed in ogni caso la variazione di quella tanto in prime che in seconde cure, purchè il *petitum* rimanga inalterato. Le distinzioni tra *causa petendi* specificatamente o genericamente dedotta in primo grado, e *causa petendi*, sorta in conseguenza dall'avere le parti ampliato il tema della controversia, sono distinzioni artificiose e inconcludenti.

La questione, come avemmo ad accennare già nella presente Raccolta (anno 1906, pag. 152), annotando appunto la sentenza Del Monte-Garofolo che il Supremo Collegio ricorda in questa che pubblichiamo, consiste unicamente in ciò: In grado di appello può mai spostarsi la discussione di una controversia?

Diamine! deve rispondersi affermativamente. Basta a provarlo il fatto che la legge stessa dà facoltà di opporre in appello la prescrizione (art. 2110 cod. civ.), la compensazione (art. 490 c. p. c.) ed altri mezzi di difesa.

Si obbietterà che, se ciò si consente al convenuto, non si consente all'attore; ma, a prescindere che talvolta è proprio l'attore quegli che deve far

chè alcune parrocchie di quella diocesi, con citazione del 27 aprile 1902, esposero: che il comune di Foligno, in corrispettivo di diritti cedutigli dal clero e dal vescovo della detta diocesi si era obbligato a somministrare agli istanti enti ecclesiastici determinate annue somme, e che, quantunque le avesse da secoli pagate sempre fino al 1873, le aveva ad un tratto fatte depennare dal bilancio del 1874, come se si fosse trattato di spese meramente facoltative o di generose elargizioni, e non dell'adempimento di obblighi giuridici. Chiedevano quindi che esso Comune fosse condannato al pagamento dell'ammontare delle ultime cinque annualità a loro dovute per spese di culto, secondo le iscrizioni e relative ripartizioni fatte nel bilancio consuntivo del 1873.

Contestata la lite, il tribunale di Perugia ritenne che il Comune di Foligno non era obbligato al chiesto pagamento, perchè trattavasi di mere spese facoltative corrisposte da esso Comune per una liberalità consona allo spirito religioso dei tempi.

I soccombenti produssero appello contro questa sentenza, ed insistendo che in corrispettivo dei diritti ceduti il Comune di Foligno aveva da tempo, di cui non si ricorda l'origine, costantemente provveduto alle reclamate spese di culto, aggiunsero che, in quanto alla cattedrale, lo stesso Comune era obbligato all'adempimento anche pel patronato che aveva sempre esercitato sulla medesima.

La corte d'appello di Perugia, ritenendo cotesta mutata *causa petendi* una nuova domanda, la respinse in base all'articolo 490 del codice di procedura civile. E passando poi ad esaminare la sentenza impugnata la confermò con la sola modificazione, che le spese del giudizio dovevano ripartirsi per capi tra le parti soccombenti.

Avverso tale decisione hanno prodotto ricorso la Cattedrale di Foligno ed il priorato della medesima, e ne hanno chiesto l'annullamento per quattro mezzi, il primo dei quali ed il terzo concernono il mancato esame dei documenti, ed il quarto è relativo ai criteri intorno alla prescrizione immemorabile.

Attesochè il nostro legislatore, in omaggio al principio del doppio grado di giurisdizione abbia prescritto nell'articolo 490 del codice di procedura civile, che nel giudizio d'appello non si possono proporre domande nuove, e che se proposte devono rigettarsi anche di ufficio.

Questo categorico divieto trova la sua facile e completa applicazione, allorchè si domanda in appello una cosa diversa da quella chiesta in prima istanza. Ma il dubbio sorge, quando innanzi al magistrato di secondo grado si muti soltanto la causa per cui la cosa è domandata. Ed in questo caso è opinione quasi generale, che la mutazione della *causa petendi* costituisca domanda nuova, e debba essere quindi respinta; in quanto che si afferma, che col cangiamento della *causa petendi* si verrebbero anche a variare la do-

ricorso a difese consimili, non saprebbe addursi alcun serio motivo, il quale persuada che unicamente al convenuto sia da concedere il privilegio dello spostamento della discussione.

D'altronde, può accadere — e lo avverte la stessa sentenza qui publicata — che il divieto di variare in appello la *causa petendi* si risolva in manifesto pregiudizio dell'attore. Nel giudizio, infatti, rientra non solo il *disputatum*, ma anche *quod disputari debebat*; e così la formazione della cosa giudicata potrebbe definitivamente compromettere il titolo a spiegare novella azione avanti i magistrati.

Aggiungasi che è ridicolo di permettere il cambiamento della *causa petendi* nel caso che questa sia stata genericamente espressa in primo grado, e non permetterlo nel caso di *causa petendi* specifica. Se lo spostamento della discussione è lecito nel primo caso, perchè non deve esser lecito nel secondo? Forse che la buona fede dell'avversario è più sorpresa quando gli si designa una causale, che quando nessuna concretamente gliene è designata?

Dunque, il divieto di proporre *domande nuove* in appello non sussiste e non può ragionevolmente sussistere per la variazione della *causa petendi*.

Alla tesi liberale, che noi sosteniamo, conferisce valore la lettera della legge: 1. perchè *domanda*, nel linguaggio del Codice di rito, è lo scopo concreto, quasi diremmo tangibile, del giudizio, mentre le varie *causae petendi* sono i mezzi che servono a raggiungere lo scopo medesimo, nè si può mai confondere il *mezzo* col *fine*; 2. perchè, in fin dei conti, l'espressione del ripetuto art. 490 «domande *nuove*» non vale «domande *diverse*», bensì «domande *ulteriori*», tanto è vero che ulteriori domande, e non domande *differenti*, sono quelle accennate nel primo alinea della disposizione stessa a deviazione dalla norma o regola generale che lo precede.

a. s. m.

manda giudiziale e la questione con la medesima proposta.

Però questo Supremo Collegio ebbe già altra volta (con arresto del 20 gennaio 1906 nella causa Del Monte-Garofolo) a proclamare un principio opposto all'opinione superiormente riassunta, che cioè non sempre, quando la *causa petendi* abbia subita qualche modificazione, possa un tal fatto elevarsi a domanda nuova in appello, ed a conseguente violazione del citato articolo 490.

In verità, lo stabilire una regola generale in questa materia, che ha dato luogo ad innumerevoli dispute, è cosa assai difficile. Ma in ogni modo, per giudicare con sicuro criterio quando una nuova *causa petendi* presenti il carattere di domanda nuova in appello, è necessario riguardare, se l'attore abbia in prima istanza specificatamente determinata la *causa petendi*, e se il relativo giudizio si sia mantenuto nei limiti della questione proposta; ovvero se per contrario il tema della controversia si sia ampliato, o per ragione della *causa petendi* espressa in modo generico, o per effetto delle mutue deduzioni delle parti, e specialmente del convenuto.

Nella prima ipotesi è evidente che qualsiasi mutazione della *causa petendi* in appello importerebbe una nuova domanda; perchè si uscirebbe dal campo della questione trattata innanzi ai primi giudici, e si verrebbe quindi a violare il principio del doppio grado di giurisdizione. Ma ciò non potrà verificarsi nella seconda ipotesi, poichè l'aggiungere o sostituire in appello un nuovo fondamento alla domanda è virtualmente compreso nel soggetto del giudizio, se in prima istanza non vi è stata una specificata designazione della *causa petendi*, ovvero se il tema della controversia si è ampliato in virtù delle conclusioni delle parti. Chè anzi il più delle volte per combattere le deduzioni del convenuto, e per evitare il pericolo che il diritto conteso non rimanga virtualmente colpito dal giudicato, si rende necessaria una nuova giustificazione. Il che accade appunto, quando il tema della controversia si è ampliato in modo da comprendere tutte le cause possibili della domanda.

Il mutamento dunque della *causa petendi*, quando non tende (come si esprime un moderno ed autorevole scrittore) a far valere un diritto diverso da quello che nel primo giudizio si era dedotto, deve essere permesso in grado d'appello; poichè la nuova proposta risolvendosi in un nuovo mezzo di difesa, che si contrappone alle deduzioni fatte dal convenuto, non può sostanzialmente variare i confini della controversia e snaturare quindi l'indole dell'azione originariamente intentata.

Inteso così il concetto giuridico della nuova *causa petendi* in rapporto al principio del doppio grado di giurisdizione, ne consegue che il divieto dell'articolo 490 non può trovar sempre la sua applicazione, ogni qualvolta il fatto giuridico, che costituisce il fondamento del diritto reclamato, venga a subire in appello qualche modificazione.

Ora la denunciata sentenza, senza portare nella fattispecie quel discernimento necessario secondo i criteri superiormente svolti, ha applicato in modo assoluto l'anzidetto divieto, poichè ha ritenuto che, essendosi domandato in prima istanza il pagamento delle spese di culto dovute per quasi-possesso ad esigerle da tempo immemorabile, in corrispettivo di diritti di pedaggio, gabelle e simili ceduti al Comune di Foligno, non si poteva in appello proporre la nuova *causa petendi* desunta dall'obbligo che avrebbe avuto lo stesso Comune in conseguenza del suo diritto di patronato sulla chiesa cattedrale.

Ma la corte di merito non si avvide che la predetta nuova *causa petendi* era implicitamente contenuta nell'originaria domanda; innanzi tutto perchè non fu specificatamente determinata la prima *causa petendi;* in secondo luogo perchè il tema della controversia avanti il tribunale erasi ampliato in modo da comprendere tutte le possibili ragioni del chiedere il pagamento delle spese di culto. E di fatti, la ricorrente Cattedrale di Foligno, accennando ad una cessione di gabella, pedaggi ed altre servitù, desumeva l'obbligatorietà di coteste spese a carico del Comune da ragioni storiche e dal quasi-possesso ad esigere da tempo immemorabile. Il Comune, invece, sostenne che, non essendovi alcun titolo di obbligazione, doveva ritenersi come spesa facoltativa tutto ciò che aveva pagato.

La questione quindi in prima istanza assunse un carattere generico, se cioè le spese di culto, di cui si chiedeva il pagamento, fossero *facoltative od obbligatorie.* Ed il tribunale, considerando che il Comune non era obbligato per legge alle dette spese, e che nessun titolo si era prodotto per comprovarne l'obbligatorietà, dichiarò che i pagamenti precedentemente fatti dovevano qualificarsi come atti meramente facoltativi e di liberali-

tà, e che il solo possesso, per quanto antico, non bastava a produrre gli effetti della prescrizione.

Impostatasi così genericamente la controversia, non si poteva interdire al soccombente di proporre in appello un'altra *causa petendi* a fondamento della sua domanda (come era appunto quel che si voleva dedurre dalla figura giuridica del giuspatronato), al fine di dimostrare che il contestato pagamento delle spese di culto era *obbligatorio* e non *facoltativo*. Che anzi cotesta nuova *causa petendi*, diretta a giustificare in appello l'originaria domanda circa l'adempimento di obblighi giuridici, da parte del Comune, essendo implicitamente compresa nella medesima, sarebbe stata virtualmente colpita dal giudicato, se fosse rimasta ferma la sentenza, che aveva dichiarato *facoltative* e *non obbligatorie* le controverse spese di culto.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

22 maggio 1907 n. 457

Pagano *Pres.* — Palladino *Est.*

Esattoria consorziale di Perugia (avv. *V. Argentieri*) contro Paronzini (avv. *A. Vagnozzi*).

La nullità degli atti esecutivi promossi dall'esattore non può sottoporsi alla decisione dell'autorità giudiziaria, finchè l'esecuzione stessa pende — e ciò anche quando l'azione sarebbe diretta ad ottenere, attraverso l'annullamento degli atti, il ricupero delle spese derivate dall'esecuzione illegale (1).

Tuttavia le facoltà concesse al prefetto dall'art. 73 della legge sulla riscossione delle imposte non si estendono al pignoramento presso terzi: e quindi l'autorità giudiziaria è competente a conoscere delle nullità relative a detto pignoramento, anche pendente l'esecuzione (2).

La Corte ecc. — Osserva che la sentenza impugnata concluse per la competenza giudiziaria sulle eccezioni di nullità contro il pignoramento per duplice ordine di considerazioni. Considerò, dapprima, che non essendovi controversia sull'imposta esplicitamente riconosciuta dal Paronzini a debito dell'Arieti, nè sull'esazione della stessa, per il recesso tanto dell'Intendenza di Finanza, quanto dallo stesso Paronzini dall'eccezione d'impignorabilità ed essendosi invece la controversia ridotta al rimborso delle spese procurate dall'illegale esecuzione, pel cui conseguimento soltanto si era opposta la nullità del pignoramento, cessano di avere applicazione le disposizioni della legge speciale sulla riscossione delle imposte, e specialmente quelle che paralizzano la funzione dell'autorità giudiziaria finchè l'esecuzione non è compiuta (art. 72 e 73 L. 29 giugno 1902).

Considerò da poi che queste disposizioni non possono essere invocate per precludere l'adito all'esame di eccezioni proposte nel giudizio del pignoramento presso terzi, emergendo dal testo della disposizione racchiusa nell'art. 37 della legge speciale, che, quanto al pignoramento di mobili presso terzi, deve avere applicazione la procedura ordinaria, alla quale nulla è innovato.

Non senza fondamento l'Esattoria ricorrente investe il primo ordine di considerazioni, sia perchè ad esse resiste il testo dell'art. 73, il quale limita l'azione giudiziaria a coloro che si pretendono lesi dagli atti esecutivi fiscali, anche quando l'azione giudiziaria è diretta ad ottenere, attraverso l'annullamento degli atti, il ricupero delle spese, sia perchè vi resiste non meno gagliardamente

---

(1) Su tale questione che fu anche testè genericamente decisa dal nostro Supremo collegio nell'egual senso (ved. in questa Raccolta anno corr., pag. 261) può consultarsi il MORTARA, *Commentario del Cod. e delle leggi di proc. civ.*, volume I, n. 264-266. Cfr. anche Cass. Roma 26 aprile 1907, *Temi* 1907, pag. 540.

(2) In senso totalmente contrario si ha un parere, a sezioni unite, del Cons. di Stato in data 12 gennaio 1905, *Foro ital.* 1905, 3, 70.

Con decisione emessa contemporaneamente a questa che qui sopra pubblichiamo la Sezione civile della Cass. Roma, su conforme requisitoria dell'illustre QUARTA, ribadì il principio adottato in contraddizione al Supremo Consesso amministrativo, prendendo occasione dall'osservare che l'esattore è tenuto a notificar il pignoramento presso terzi non solo al terzo pignorato, ma anche al debitore dell'imposta nella forma delle citazioni ai sensi dell'art. 611 Cod. proc. civile. Cotesta decisione può leggersi nella *Giur. ital.*, anno corr., 1, 1, 621.

l'intento del legislatore di non voler intralci ed ostacoli al pronto realizzo del credito dell'imposta, e, nella specie, checchè sia detto o riconosciuto in ordine al merito di siffatto credito è innegabile che l'annullamento degli atti esecutivi produce ritardo alla riscossione di esso, dovendosi rinnovare la procedura fiscale. La distinzione, che si è voluta escogitare sotto l'influenza dell'obbiettivo diverso che si propone l'opponente, non ha ragione di essere, perchè l'annullamento della procedura, giova insistervi, riesce in definitivo a sottrarre, per quanto momentaneamente, alla soddisfazione della tassa il debitore e rendere meno facile e meno pronta la riscossione.

Ma la sentenza impugnata però sfugge alla richiesta di cassazione pel secondo ordine di considerazioni, dal primo indipendente, e sufficiente a proteggerne contro la mossa censura il giudicato sulla ritenuta competenza giudiziaria.

Quello che si è dianzi osservato avrebbe valore se la disputa si fosse circoscritta tra l'esattoria e Paronzini, ma non ne ha alcuno, quando l'esattore, come nella specie, fa ricorso alla procedura del pignoramento di mobili presso terzi, pel quale l'art. 37 su ripetuto dispone che nulla è innovato alla procedura ordinaria, tranne l'omissione del precetto e l'intervento del messo. Per quanto sia indubitato che il richiamo, espresso in una forma così ampia, alle norme ordinarie del rito sia stato motivato dall'intervento nel giudizio di un terzo estraneo al debito dell'imposta, è altrettanto sicuro che tutta la procedura relativa al pignoramento di mobili presso terzi è avulsa al regime della legge speciale, e la difesa del debitore, che in questo giudizio deve comparire, non può essere dimidiata nel senso di ammetterlo a proporre le sue ragioni e deduzioni soltanto per quanto ha tratto alla dichiarazione del terzo, ed inibirgli i mezzi d'impugnativa contro l'esecuzione. Non sarebbe più vero con questo assunto che nulla è innovato nella procedura ordinaria, quando si propugna una innovazione così importante, non richiamata nel testo, che pur fece menzione dell'omissione del precetto e delle prestazioni del messo, quale l'introduzione di un'altra ipotesi di sospensione dell'esercizio dell'azione giudiziaria. A buona ragione pertanto la sentenza denunciata osservò non potersi tollerare un frazionamento della causa soggetta già all'autorità giudiziaria, riservando in epoca successiva, ad esecuzione confermata, la disputa sulla validità della procedura esecutiva, massime in una specie in cui la validità della procedura stessa all'inizio della lite si contestava dal terzo pignorato. Del resto, ben si comprende che nel tema del pignoramento di mobili presso terzi il legislatore non avrebbe potuto insistere sull'applicabilità delle statuizioni della legge speciale per la più celere riscossione della tassa, perchè trattasi di esecuzione che pel contenuto stesso della dichiarazione del terzo pignorato può dar luogo a lunghi dibattiti che nell'interesse dello stesso contribuente moroso non potevano essere soffocati; e di tutto ciò penetrato, il legislatore medesimo, mentre ha prescritto, come preliminare obbligatorio della procedura esecutiva immobiliare l'esecuzione diretta sui mobili del debitore dell'imposta, ha poi reso facoltativo il pignoramento presso terzi, mezzo di esecuzione di meno spedito svolgimento e nei suoi effetti meno pronto. Bene, pertanto, ha giudicato la Corte perugina in ordine alla competenza giudiziaria, ed il primo dei mezzi dedotti, che soltanto interessava la giurisdizione delle Sezioni Unite, deve essere respinto, rinviandosi alla Sezione semplice l'esame degli altri.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

22 maggio 1907 n. 460

Pagano *Pres.* — La Terza *Est.*

Mita e Comune di Faenza (avv. *E. Brussi* e *G. De Simonis*) contro Giacometti (avv. *L. Fusconi*).

Il valore della causa, nel caso di azione di danni proposta con unico atto di citazione da più proprietari, danneggiati dalla rottura di una chiavica, va calcolato alla stregua delle singole domande isolatamente considerate e non della somma totale di esse (1).

---

(1) Tutta la questione consiste nel significato che può avere la parola *titolo* nell'art. 73 Codice proc. civ. Ora a noi pare che in quell'articolo tale parola sia adoperata per significare la sorgente dell'azione, che, trattandosi di colpa, dovrà ricercarsi nell'obbligazione, se la colpa è contrattuale, — nel fatto colposo, se la colpa è extracontrattuale o aquiliana.

La Corte ecc. — Osserva che il primo mezzo del ricorso riflette principalmente l'eccezione d'incompetenza del pretore dedotta in base agli art. 73 e 74 del cod. di proc. civile e che dicesi mal respinta dal tribunale; ma cotesto mezzo non ha alcun fondamento giuridico, non essendo applicabili i cennati articoli.

Non è applicabile il primo, perchè i danneggiati, pure istituendo giudizio con unico libello, domandarono ciascuno per sè il risarcimento del danno ed in base ad un proprio titolo, e quindi il valore della causa, non dipendendo dallo stesso titolo, non può desumersi che in relazione a ciascuna domanda a ciascun titolo preso separatamente.

Se non che il ricorrente afferma in contrario che le domande, mettendo capo alla colpa del Mita, che generò la obbligazione di lui, si ha in esse la unicità del titolo, e perciò, le domande dovendosi cumulare, si ha senz'altro la incompetenza del pretore; ma ciò non è esatto. Imperocchè il titolo a richiedere non risiede nella colpa, ma nel loro diritto di proprietà, senza di cui non si sarebbe potuto domandare risarcimento alcuno, e siccome questo diritto è per sè stante, così ciascuno dei danneggiati ha un titolo, che non si confonde con quello degli altri.

Erronea poi è l'affermazione che, se il titolo è quello di proprietà, il valore della causa deve desumersi dal valore della proprietà stessa ; in quanto il risarcimento non concerne e non ha rapporto che alla lesione prodotta a cotesta proprietà, e quindi il valore non può non determinarsi che dallo ammontare d'essa.

Erronea altresì è l'altra affermazione che il tribunale, nel ritenere e dichiarare materia dividua quella di cui si tratta, abbia infranto il giudicato e manomessi gli art. 1151 e 1153 del cod. civile; imperocchè di violazione di giudicato non si può parlare, sia perchè non fu eccepita davanti il giudice di merito, sia perchè il giudicato non esiste punto, non avendo interloquito sulla competenza per ragione di valore il pretore, il quale solo agli effetti della validità dell'azione proposta ritenne legittimo il cumulo delle istanze.

Tanto meno poi sta la violazione degli articoli 1151 e 1153; perchè il tribunale, ammesso il concetto della diversità dei titoli, ben disse che la materia non era individua, ciascuno potendo litigare per sè, e le diverse liti che si sarebbero potute promuovere non avrebbero giammai originato una contrarietà di giudicati, ma tutt'al più una contrarietà di pronunzie, ove si fosse ritenuto in un caso la esistenza della colpa stessa; la quale, giova ripetere, non è il titolo per la rivalsa del danno.

Nè si soggiunga che il tribunale non tenne presente la questione se il Comune fosse o no proprietario dell'argine e che non si poteva dichiarare la incompetenza per il solo Cavina, ostando la cosa giudicata, imperocchè quella mancanza di motivazione di cui si fa cenno non esiste per il motivo che la suddetta questione non fu proposta al magistrato di rinvio, ed il secondo lamento non ha ragione di essere, una volta che il pretore non statuì sulla competenza col pronunziato dei 18-20 luglio 1901, e per la diversità dei titoli s'imponeva la scissione della domanda

---

La colpa per se stessa non costituisce un titolo; essa non è che la circostanza concomitante del fatto, che, in concorso del danno, fa sorgere l'obbligazione, in forza della quale il danneggiato può rivolgersi agli organi giurisdizionali per ottenere la riparazione. Ma, se fra danneggiante e danneggiato non esiste alcun vincolo giuridico precedente, è vano ricercare il fondamento dell'azione in uno stato di diritto, che non è controverso.

Nella specie, pertanto, non ci pare esatto il dire che gli attori avevano il loro titolo nella proprietà, poichè non era di questa che si discuteva, ma bensì della rifazione di un danno cagionato dal fatto colposo; sicchè il titolo doveva a norma dell'art. 1097 Cod. civ. ricercarsi nel quasi delitto, da cui solo poteva sorgere l'obbligazione e l'azione relativa.

Il fatto dannoso alla proprietà altrui, se non mira alla negazione totale o parziale di questa come entità giuridica, non offende il diritto di proprietà, da cui per conseguenza non scaturisce azione, ma fa nascere un altro diritto, che non è essenzialmente insito a quello, ma, data la proprietà come stato di fatto, sorge occasionalmente e obbliga alla riparazione del danno materiale, senza condurre all'accertamento di un diritto, che come tale non fu offeso e non fu mai in questione.

Cfr. sul litisconsorzio attivo, da ultimo, l'A., Milano, 17 febbraio 1907, est. BISCARO, in *Rivista universale*, 1907, 1, 505.

del Cavina da quella degli altri, e ciò a prescindere dall'assoluta mancanza di ogni interesse del ricorrente a presentarla.

E' inapplicabile poi il secondo articolo invocato perchè nella specie non si tratta di unico credito, ma di tanti crediti distinti. Nè qui si dica che bisognava, ritenuti distinti i titoli, dichiarare irregolare e nulla l'azione istituita con unico libello, poichè al riguardo il tribunale osserva, ed osserva incensurabilmente, ostare la cosa giudicata.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 giugno 1907 n. 497

Pagano *Pres.* — Spirito *Est.*

Gori Mazzoleni (avv. *N. A. Abbove*) contro Bruschi Falgari (avv. *S. Lupacchioli*).

Il giudice nel provvedere per l'autorizzazione della donna maritata, in caso di rifiuto del marito, esercita una potestà discretiva, rimanendo surrogato nell'esercizio della potestà maritale, rispetto all'atto da compiere (1).

Se alla moglie non si rimproverano debiti, nè scialacquo di capitali, e per converso risulta che il marito ne ha apprezzato le buone qualità di amministratrice, non vi è motivo di secondare la opposizione del marito, sottoponendo al vincolo del reimpiego l'autorizzazione necessaria a colei per la riscossione di un capitale parafernale (2).

La Corte ecc. — Per quanto studiosamente si ricerchi riesce impossibile rinvenire traccia nella denunziata sentenza dell'addebito, fatto dal ricorrente, di motivazione confusa e contradittoria; e basta seguire dal principio alla fine il ragionamento della Corte, per iscorgere tosto come sia destituito di qualsiasi fondamento.

Muove essa, infatti, dal rilevare che il contrasto fra i coniugi, determinando l'intervento del magistrato, pone questi, per virtù di legge, nel luogo del marito che rimane surrogato nell'esercizio della potestà maritale, rispetto all'atto in questione. Donde la necessità che il giudice, nello esplicamento di tale attribuzione, prenda in esame le ragioni addotte dal marito per negare e subordinare la voluta autorizzazione a modalità che inducono nella moglie una limitazione alla disponibilità dei beni suoi parafernali.

Di conseguenza passa la Corte ad istituire una tale disamina, cominciando dall'indicare il motivo all'uopo specificato dal Gori Mazzoleni, della convenienza cioè, nell'interesse della famiglia, di subordinare l'autorizzazione alla condizione del reimpiego del capitale esigibile.

Ed osserva come lo stesso marito dipinge a colori vivi e lusinghieri la condizione economica della sua signora, attribuendole facoltà di spendere somme ingenti. Però, non l'accusa di essere una cattiva amministratrice, nè che, per sostenere tali spese, ella incontri dei debiti o scialacqui i suoi capitali. Per lo che, ne desume la Corte, non è serio il timore di sperpero della modesta somma che la signora Bruschi vuole riscuotere; ed il fatto della lentezza con cui ella ha condotto l'attuale procedimento, notata dallo stesso Gori Mazzoleni, persuade che nessuna necessità la stimoli, o che voglia ritirare il denaro per disporne con criterii e scopi che non siano quelli di un buon amministratore.

Che se nel ricorso da lei presentato si leggono frasi accennanti a strettezze finanziarie in cui il marito la pone, facendole mancare le dovute prestazioni, tali frasi non escono dal tipo delle consuete figure rettoriche usate dagli avvocati per zelo di patrocinio.

Certo niuna prova d'incapacità o d'imprudenza della signora Bruschi come amministratrice è stata prodotta; ed invece la circostanza di averla il marito investita un tempo dell'amministrazione del patrimonio suo e dei figli, e fornita della generale autorizza-

---

(1-2) La decisione confermata è quella dell'A. Ancona 18 luglio 1906, est. MORTARA, e può leggersi nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1906, I, 1, 772, in nota.

Il nostro Supremo Collegio recede, così, dalla tesi più rigida che adottò nell'altra decisione 16 novembre 1905 fra le stesse parti, est. LA TERZA, decisione inserita nella presente Raccolta, anno 1906, pag. 23, con nota di richiami.

Manco a dirlo noi siamo per la teorica più liberale; anzi, rileviamo di aver quasi presagito il cambiamento che oggi ha fatto la Cassazione romana, allorchè annotammo la sentenza 19 giugno 1906, est. RICCOBONO (in questa Raccolta, 1906, 401).

zione ai termini del capoverso dell'art. 135 cod. civ. dimostra che il Gori Mazzoleni avesse piena fiducia nella moglie. Ed allora, ne conclude la Corte di rinvio, conviene riconoscere che non vi siano ragioni di opportunità per vincolare l'autorizzazione alla condizione del reimpiego, e meriti quindi conferma la sentenza del tribunale.

Ora è impossibile riscontrare in cotesto ragionamento della Corte quel difetto di confusione che al ricorrente piace d'intravedervi, ed è piuttosto a sospettare che, volendo forse rimproverare alla sentenza una certa singolarità di criterio nell'apprezzamento di talune circostanze di fatto, avesse voluto adombrare l'addebito sotto forma di perplessità nella motivazione. Ma la valutazione dei fatti sfugge alle attribuzioni del Supremo Collegio; e però, quando pure in cotesta estimazione si potesse vedere una inesattezza di criterii, entrando la medesima nell'orbita del giudizio di merito di esclusiva competenza dei giudici del fatto, non potrebbe mai dar luogo a censura qualsiasi.

Ed invero, secondo la constatazione fattane in sentenza dalla Corte, riassumendo il controricorso del Gori Mazzoleni, che non è in atti, il quesito, che, per le di lui deduzioni, si offriva all'apprezzamento del Collegio, consisteva nell'esaminare la convenienza, o meno, di condizionare l'autorizzazione al reimpiego del capitale esigendo.

E poichè il Gori sembra alludesse al timore di uno sperpero per parte della moglie era perfettamente naturale e logico che togliesse in esame quanto a giusticare un tale tema il marito veniva adducendo.

E giustamente nota, argomentando dal rilievo di lentezza della moglie, fatto dallo stesso Gori Mazzoleni, nel condurre l'attuale procedimento e dai colori lusinghieri onde egli dipinge la condizione economica della signora Bruschi, che essa non fosse sospinta dal bisogno nella riscossione della somma, il quale potesse autorizzare il sospetto d'una dispersione.

Ma cotale sospetto è poi eliminato e il timore riesce poco serio, aggiunge la Corte, quando si tenga presente che il marito non accusa la moglie di essere cattiva amministratrice, nè l'incolpa d'incontrare debiti o scialacqui.

Anzi, col fatto di averle una volta concessa la generale autorizzazione, venne a significare qual concetto egli avesse della sua signora sotto codesto rispetto, e come la preoccupazione di uno sperpero sia senza fondamento.

E se tant'è, nè alcuna prova si è addotta che attestasse un cangiamento nelle qualità morali della signora Bruschi come amministratrice, nè poi le frasi del ricorso, allusive a strettezze economiche, possono ritenersi l'indice di un cangiamento avvenuto nelle condizioni finanziarie di lei, perchè foggiate dall'avvocato ed allo stesso suggerite dal solito zelo professionale, è d'uopo ritenere che la addotta convenienza non vi sia, nè ragioni d'opportunità per dover sottoporre l'autorizzazione al vincolo del reimpiego.

Non confusione pertanto, niuna perplessità nella motivazione della sentenza, la quale procede invece con stretto legame logico, avendo sempre di mira l'oggetto della disamina, senza lasciarsi guidare da considerazioni ad esso estranee. Lo che vale del pari a dimostrare come neppure regga l'appunto, che il ricorrente muove alla sentenza impugnata, di avere cioè limitata la disamina, circoscrivendola nel discutere la qualità astratta di buona o cattiva amministratrice della signora Bruschi, senza un'indagine obbiettiva o meno del pagamento libero.

Poichè, posto nei termini sopra indicati, il quesito presentato al giudizio della Corte, senza nessuna specializzazione di fatti e di circostanze che avessero obbiettivata l'indagine del magistrato, l'estimazione sulla convenienza o meno del reimpiego non poteva che essere contenuta nei limiti della disamina propostasi dalla Corte. La quale, per altro, non si soffermò, se bene si guardi, a considerare la qualità astratta di buona amministratrice della signora Bruschi, che pure la Corte concretò negli attestati di fiducia datile dal marito col confidarle l'amministrazione del patrimonio suo e dei suoi figli e col concederle la generale autorizzazione, ma tenne conto altresì delle di lei condizioni economiche, come erano dipinte dallo stesso Gori Mazzoleni, e delle due ben salienti circostanze: che questi, cioè, non aveva incolpato la moglie di avere incontrato dei debiti, o che dissipasse in scialacqui i proprii capitali.

Ed allora dilegua altresì l'addebito di contraddizione che il ricorrente ha creduto di scorgere tra l'asserita mancanza di necessità urgenti di ritirare il capitale in questione e la libera riscossione autorizzata dalla sentenza denunciata. Poichè la contestazione

sorta tra i coniugi non versava già sulla riscossione del capitale, nè sulla facoltà della moglie di volerne il risupero, ma solo ed esclusivamente sulla convenienza o meno del reimpiego.

Sicchè quando la Corte, dopo di aver col suo apprezzamento incensurabile di fatto esclusa l'opportunità di vincolare l'autorizzazione al reimpiego, concesse alla signora Bruschi la libera riscossione della somma dovutale, lungi dal contraddirsi, non fece che uniformarsi alle disposizioni di legge, le quali lasciano piena alla moglie la amministrazione della sua sostanza parafernale.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

2 giugno 1907, n. 522

Basile *Pres.* — Coletti *Est*

Società Generale Immobiliare (avv. *F. Catelli*) contro Ghilardi.

Non v'è litispendenza fra due giudizi successivamente promossi per la risoluzione, stante la morosità, di uno stesso contratto locatizio e pel conseguente rilascio del fondo locato, se la morosità invocata nel primo giudizio riflette mesi o momenti diversi da quelli accennati nel secondo (1).

La Corte ecc. — Osserva che rilevasi dall'art. 104 cod. proc. civile come per aversi la incompetenza per litispendenza occorre la proposizione di unica causa avanti due autorità giudiziarie competenti egualmente, e, perchè ricorra quella per connessione, che vi siano due cause, delle quali una sia già pendente avanti altra autorità giudiziaria, ed esistano tra loro rapporti di connessità. Tanto nel caso di litispendenza che in quello della connessione la competenza appartiene all'autorità giudiziaria avanti cui con la citazione fu la causa preventivamente promossa

Il fondamento della disposizione è di evitare il pericolo di sentenze contraddittorie.

Attesochè si era sostenuto avanti il pretore e poi avanti il Tribunale che la causa promossa dalla Società generale immobiliare contro la Ghilardi con la citazione 24 novembre 1905 era la medesima precedentemente instaurata con la citazione 11 ottobre; donde la incompetenza del pretore per litispendenza se trattavasi di identità di causa, identità che richiede il concorso degli estremi rigorosi della *exceptio rei judicatae*: la domanda fra le medesime parti, la stessa cosa domandata, la domanda fondata sulla medesima causa.

Attesochè il Tribunale si accinse a tale compito ma non lo esaurì in modo corretto. Invero la denunziata sentenza, dopo aver ritenuto in fatto con apprezzamento incensurabile che « per la citazione 11 ottobre 1905 pendeva giudizio tra le stesse parti per la risoluzione del contratto di affitto per morosità e condanna al pagamento di pigione di ottobre decor-

---

(1) Cfr., pressochè in termini, Cass. Roma 29 gennaio 1902, *Giur. ital.*, 1902, 1, 1, 278, e Cass. Torino 13 marzo 1895, *id.*, 1895, 1, 1, 218. In materia di litispendenza segnaliamo ai lettori la decisione che nel decorso anno noi concorremmo a far emanare dal Trib. civ. Ancona nella causa Mancinforte c. Sibilla. Tale decisione reca la data 3 novembre 1906, est. ZANNI, e può leggersi in *Corte di Ancona*, 1906, 1, 481.

Furono affermate le seguenti massime:

« Non vale ad impedire l'applicazione dell'articolo 104 Cod. proc. civile nè il fatto che i due giudizi pendenti siano di natura diversa, e cioè l'uno di cognizione e l'altro esecutivo, nè che uno di essi abbia un contenuto più ampio dell'altro, purchè entrambi abbiano almeno in parte comune l'oggetto. Parimenti l'art. 104 trova la sua applicazione, anche quando innanzi l'autorità giudiziaria posteriormente adita si eccepisca la nullità della citazione introduttiva del giudizio anteriormente instaurato o la incompetenza del primo giudice adito, poichè di tali eccezioni può solo conoscere quest'ultimo. Sussiste la litispendenza, anche quando la prima causa sia stata cancellata dal ruolo ed in essa una delle parti sia rimasta contumace ».

Soprattutto notevole è la seconda massima, perchè risolve una controversia non esaminata dagli scrittori di procedura, e della quale un'altra volta soltanto, se le nostre ricerche sono state esatte, si è occupata la giurisprudenza, adottando una risoluzione conforme. La decisione cui accenniamo, rimonta anche ad epoca non vicina: fu emessa dal Trib. civ. di Bologna il 14 luglio 1873, *Legge*, 1873, 831, ed è ricordata dal CAPOQUADRI, in *Digesto italiano*, voce *Declinatoria del foro*, n. 35-36, p. 613. La Cassazione torinese andò pure più oltre, giacchè con decisione 8 aprile 1856 (*Giur. ital.* VIII, 1, 381) ritenne che vi ha pendenza di lite, anche se colui che si rese attore nel secondo giudizio non venne chiamato a comparire nel primo, quando la sua presenza in quel giudizio era una conseguenza necessaria della istaurazione della causa e doveva disporsi ad integrazione del contraddittorio.

rente » e che « con la seconda citazione si richiedeva la risoluzione del contratto per morosità », conclude che « non vi può essere dubbio che ricorre oltre la identità delle persone in lite, per cui non v'è contestazione, anche l'identità dell'oggetto: risoluzione dell'affitto e sfratto ».

L'errore in cui è incorso il Tribunale appare manifesto ponendo mente che, se la prima citazione chiudevasi con la risoluzione del contratto e lo sfratto per morosità del pagamento della rata di affitto di ottobre e le rate successive, e se la seconda citazione aveva per oggetto soltanto la risoluzione e lo sfratto, la conclusione alla quale venne il Tribunale fu illogica, non meno che antigiuridica, dappoichè, sebbene le due controversie vertissero tra le stesse parti, esse non avevano la identità della cosa domandata e non erano fondate sulla medesima causa, essendo oggetto della citazione 11 ottobre la risoluzione e sfratto per morosità nel mese di ottobre, nonchè il pagamento di quella mensilità e successive, ed essendosi chiesto con la seconda citazione del 24 novembre unicamente la risoluzione e sfratto (diversità di oggetto) riannodantesi ad altra morosità, avvenuta nel novembre. A questo proposito il Tribunale non si perita dall'affermare che « il motivo di merito, tanto del primo che del secondo giudizio, per la risoluzione del contratto di affitto non era che la stessa ed unica morosità » errore manifesto.

Il credito dipendente da scadenza a periodi, come annualità, semestralità e mensilità sorge a misura che le scadenze vanno a maturarsi, e, se vi sono morosità, queste sono distinte dalle diverse scadenze, e formano altrettante e separate *causae petendi*.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

21 giugno 1907, n. 541

Basile *Pres.* — Niutta *Est.*

Confraternita del Sacramento di Piticchio di Arcevia (avv. *L. Fulvi*) contro Padovani (avv *L. Panicali*).

L'azione diretta ad ottenere la cancellazione di un'ipoteca perenta perchè non rinnovata nel trentennio è di natura reale immobiliare, e quindi il valore della causa si determina da quello dell'intero fondo ipotecato, a stregua dell'art. 79 cod. proc. civile (1).

La Corte, ecc. — Considera, passando allo esame del ricorso, che l'azione proposta dal

---

(1) Dalla narrativa in fatto, che abbiamo omessa, della decisione risulta che con istromento 8 maggio 1847 fu costituito in favore della Confraternita del Sacramento di Piticchio e a carico di Leone Levi e David Camerini un censo di lire 3192, pari a scudi 600, con garentia ipotecaria sopra diversi immobili tra i quali un appezzamento di terra in Tomba di Senigallia; che nel 1895 Riccardo Padovani, diventato possessore di questo appezzamento, lo alienò a Vincenzo Catalani, obbligandosi a far cancellare nel termine di due anni la iscrizione onde era gravato; che a tale effetto convenne la Confraternita del Sacramento di Piticchio avanti il Tribunale di Ancona perchè fosse ordinata la cancellazione della iscrizione, come quella che era rimasta perenta per non essere stata rinnovata prima che scadesse il trentennio dal giorno in cui venne primieramente pubblicata; che la convenuta eccepì la incompetenza dell'adito Tribunale per ragione di valore, ed il Tribunale con sentenza 17 aprile 1906 accolse tale eccezione, considerando che l'azione era d'indole reale immobiliare e che dovevasi, quindi, guardare al valore del fondo che intendevasi far liberare dalla iscrizione, il qual valore, determinato con la norma stabilita nell'art. 79 del Cod. di proc. civile, non eccedeva il limite della competenza del pretore; che Riccardo Padovani propose appello, e la Corte di Ancona con sentenza 10 ottobre 1906 giudicò, invece, che la competenza fosse del Tribunale, ritenendo che l'azione diretta a far cancellare una iscrizione ipotecaria abbia carattere di azione reale mobiliare.

La sentenza del Tribunale può leggersi in *Corte di Ancona*, anno 1906, 1, 198, con nota di N. PANICALI, dal titolo *Determinazione della competenza nelle azioni per cancellazione d'ipoteca;* e la sentenza della Corte di appello in *Foro italiano*, anno corr., 1, 107, con richiami.

La decisione del Supremo Collegio, notevole perchè estesa dal chiarissimo cons. NIUTTA, ha decisiva importanza anche per ciò che riguarda la ricerca del giudice territoriale competente ad ordinare la cancellazione di un'ipoteca. Vedi, tra gli scrittori più moderni, il BIANCHI nel suo autorevolissimo trattato *Delle ipoteche*, e il BRUNO in *Digesto italiano*, voce *Ipoteca*, n. 434, pag. 607. Cons. anche la nota a pag. 126-127 della annata 1905 della nostra Raccolta, e MORTARA, d'avviso contrario al NIUTTA, in *Comment.*, II, 183.

Padovani non aveva altro scopo che quello di far ordinare la cancellazione dell'iscrizione che si trovava pubblicata sul proprio fondo, senza che venisse in alcun modo in quistione il credito garantito dalla iscrizione stessa.

Che, tale essendo l'obbietto dell'azione, mal si comprende come potesse venir qualificata mobiliare quando essa mirava all'unico fine di far dichiarare inesistente un diritto reale sopra un immobile, lasciando fuori di ogni controversia il rapporto obbligatorio derivante dalla costituzione del censo.

Che il carattere reale del diritto d'ipoteca non può essere messo in dubbio riconoscendolo la stessa legge nell'art. 1964 del codice civile, e in tale articolo è detto pure di costituirsi siffatto diritto reale sopra beni del debitore o di un terzo, i quali, come rilevasi dal successico art. 1907, non possono essere che beni immobili.

Che la Corte di merito, non potendosi disconoscere la natura reale del diritto d'ipoteca, ha tuttavia ritenuto di esser esso un dritto reale, mobiliare, perchè il suo effetto si concreta nella facoltà di far vendere l'immobile presso qualunque possessore a fine di ottenere col prezzo il soddisfacimento del proprio credito; onde il prezzo del fondo, che è cosa mobile, verrebbe ad essere il proprio obbietto del diritto di ipoteca.

Che in un simile argomento viene trascurata la considerazione che il prezzo del fondo non altrimenti puo ottenersi se non mediante la vendita, la quale produce la trasformazione economica della cosa nel suo valore; ma fino a quando la vendita non sia avvenuta, non potrà certo dirsi che l'azione diretta a far mantenere o a far escludere l'ipoteca inscritta sul fondo, susciti una controversia il cui oggetto non sia un diritto sull'immobile, ma un diritto sul valore di esso, come se questo valore potesse essere considerato indipendentemente dalla cosa in cui è contenuto, prima che ne venga separato e convertito in una entità per sè stante.

Che per la medesima ragione debbesi reputare male invocato l'art. 418 del cod. civ., il quale annovera tra i beni che sono mobili per determinazione della legge anche le azioni ipotecarie; imperocchè cotali azioni sono mobili al pari dei diritti e delle obbligazioni quando hanno per oggetto somme di danaro o effetti mobili, come è soggiunto nell'articolo medesimo.

Che il senso manifesto di una simile disposizione è poi quello che, dovendosi reputare beni mobili i diritti e l'obbligazioni cadenti sopra somme di danaro o effetti mobili, non altrimenti possono essere considerate le azioni riferibili a siffatti diritti e a siffatte obbligazioni, non ostante che i medesimi siano accompagnati da una garanzia ipotecaria; ma da ciò non può derivarsi la conseguenza che siano da comprendere tra i mobili per determinazione della legge le azioni che abbiano per oggetto non già il conseguimento della somma garantita dalla ipoteca, bensì il mantenimento o la esclusione della stessa garanzia ipotecaria.

Che la sentenza impugnata accenna eziandio alla differenza che corre tra il diritto di ipoteca e gli altri dritti reali come l'usufrutto, il dritto enfiteutico, le servitù prediali, i quali dritti importano ciò che suole chiamarsi uno smembramento del dominio in favore di altri che non è proprietario del fondo, mentre coll'ipoteca nessuna parte del dominio e nessuna utilità dell'immobile viene trasferita al creditore.

Che certamente corre una profonda differenza di contenuto tra l'ipoteca e gli altri diritti reali sugl'immobili; ma conviene pure avvertire che l'ipoteca diminuisce e compromette alcuna delle principali facoltà che sono inerenti al dominio, e viene per fermo sminuita quella che consiste nella libera disposizione della cosa, dappoichè, se la esistenza di un'ipoteca non impedisce l'alienazione del fondo, essa può costituire sovente un ostacolo alle contrattazioni e sempre una difficoltà contro la libera riscossione del prezzo.

Che anche il vantaggio del credito derivante dalla proprietà immobiliare viene ad essere assorbito da iscrizioni ipotecarie che già siano costituite sul fondo; onde l'interesse di ricuperare l'integrità di cotesto credito col far togliere quelle iscrizioni che si trovino indebitamente pubblicate e che non abbiano più ragione di essere rinviene il suo real fondamento nel dominio e nel possesso di una cosa immobile.

Che tutto ciò dimostra come l'azione intesa a far cancellare un'iscrizione ipotecaria, quando la cancellazione non si faccia dipendere dalla inesistenza o dalla estinzione dell'obbligazione, abbia un carattere immobiliare, stantechè essa non altro effetto mira a conseguire se non quello di far liberare lo immobile da un dritto di garantia reale che

altri si arroga su di esso, e che comunque vogliasi riguardare ha per conseguenza innegabile di rappresentare un vincolo ed una gravezza istituita sullo immobile stesso.

Che se una simile azione non fa nascere una controversia sulla proprietà del fondo, provoca al certo una contestazione riferibile a beni immobili; e poichè la ipoteca investe l'intero fondo, è dal valore da attribuirsi al medesimo, secondo la norma dettata dall'articolo 79 del cod. proc. civ., che dovrà determinarsi la competenza.

Che sarebbe poi affatto incongruo che la competenza in siffatta controversia avesse a determinarsi secondo il valore del credito garantito dall'ipoteca, se questo non cade in contestazione, e, qualunque sia il valore di esso, la disputa rimane circoscritta al punto di sapere se un determinato fondo debba o non debba essere sottoposto al vincolo ipotecario.

Che non vale poi dire di non potersi concepire l'accessorio senza il principale, imperocchè quando l'accessorio ha un contenuto suo proprio e la sua esistenza dipende dal concorso di speciali condizioni che possono mancare anche quando rimanga in pieno vigore la efficacia del principale, nulla vieta che la contesa intorno alla sussistenza del vincolo accessorio prenda regola e norma dalla peculiare natura di esso vincolo, facendo astrazione dalla causa che gli diede nascimento.

Che lo Corte di merito, per confortare il suo assunto, ha creduto poter ricorrere ad un argomento di analogia ricavato dall'articolo 75 n. 1 del cod. proc. civile, il quale stabilisce che nelle controversie per pignoramento o sequestro il valore della causa si determina dal credito per cui si procede a questi atti; ma l'analogia tra il diritto di pegno e il diritto d'ipoteca che ha indotto la Corte a fare un tal raffronto, è stata applicata fuori di proposito, stantechè le controversie di cui parla il citato articolo non sono quelle che possono nascere intorno al diritto di pegno, bensì quelle a cui dà luogo la esecuzione mobiliare o la misura conservativa del sequestro.

Che una più giusta analogia in senso contrario potrebbe ricavarsi dal n. 2 del medesimo articolo, ove è stabilito che la competenza si determina dal valore degli oggetti pignorati, quando trattasi di domande di separazione degli oggetti stessi, e ciò anche perchè viene in quistione il dritto del terzo al quale è del tutto estraneo il rapporto obbligatorio; onde, argomentando da siffatta disposizione, si avrebbe una ragione pressochè uguale per far dipendere la determinazione della competenza dal valore del fondo, quando in ispecie l'azione sia promossa dal terzo possessore per far cancellare una iscrizione indebita o l'azione a tal effetto intentata prescinda in tutto da ogni quistione relativa al credito...

Che infine, anche secondo l'assunto che la ipoteca non sia un dritto sulla cosa perchè nessuna parte o utilità di questa viene acquistata dal creditore ipotecario, ma abbiasi a considerare come un dritto a conseguire il valore dell'immobile mediante la espropriazione che se ne faccia al fine di essere soddisfatto del proprio credito, l'applicazione che dovrebbesi fare di un tal concetto, per risolvere la quistione circa la competenza, condurrebbe sempre alla conseguenza di doversi avere riguardo al valore del fondo, essendo siffatto valore quello che in conformità del concetto stesso costituirebbe l'oggetto della domanda nelle dispute limitate alla validità di una determinata iscrizione, mentre il valore del credito, che non cada in contestazione, non può alterare l'efficienza della ipoteca la quale rimane sempre circoscritta a quel che potrà essere il valore dell'immobile.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

6 luglio 1907 n. 597.

Pagano *Pres.* — Palladino *Est.*

Cavallotti (avv. *G. Albano*, *R. Ricci* e *L. De Giorgi*) contro Noemi Villa (avv. *L. Marcora*, *F. Finocchiaro-Aprile*, *S. Barzilai*).

Va proposto alle Sezioni unite il ricorso avverso la sentenza emanata in grado di rinvio, se tra questa e quella anteriore di annullamento esiste identità di dispositivo e di motivi, per quanto i mezzi di ricorso siano parzialmente identici (1).

(1) Cfr. sull'argomento l'altra recente sentenza della Cass. Roma 6 aprile 1907, est. RICCOBONO, in causa Muratori c. Costa, e riportata dalla *Temi*, anno corr., pag. 397.

La rimozione di una salma da un loculo temporaneo per darle definitiva tumulazione è atto di disposizione ed investe il diritto di uso della cosa comune che compete a ciascun partecipante e che non può dipendere da provvedimenti dell'autorità giudiziaria in sostituzione della maggioranza dei partecipanti, specie se i provvedimenti riescono, non già al miglior godimento a loro vantaggio, ma in manifesto loro pregiudizio (2).

Chi accetta il legato disposto a soddisfazione della legittima perde la qualità di legittimario (3).

La scelta del luogo, dove deve essere tumulato il defunto, spetta a chi ha il titolo di erede e si trova per vincoli di sangue in grado prossimiore col defunto (4).

La Corte, ecc. — Deduce preliminarmente la difesa di Giuseppe Cavallotti non essere il caso di differire l'esame del suo ricorso alle sezioni unite; ma contro tale deduzione il Supremo Collegio osserva, innanzi tutto, che in ordine a ciò che fu il tema della controversia sin dal suo esordio nel seno del Consiglio di tutela di Giuseppe Cavallotti, tra le due sentenze delle Corti di merito, quella cassata della Corte di Milano e quella resa in grado di rinvio dalla Corte di Brescia, vi è tale identità nel dispositivo da rappresentare nella seconda la riproduzione letterale di quello della prima.

Rifacendo il processo logico che condusse le due suddette Corti alla identica conclusione sul punto deciso, si riscontrano notevoli diversità in quanto ad alcune delle argomentazioni, che segnano la caratteristica differenziale del loro pensiero.

Infatti nella convinzione della Corte di Milano ebbe rilevante influenza, per riescire a posporre il diritto di Giuseppe Cavallotti nella scelta della sepoltura, la supposta esistenza di un giudicato sulla cremazione della salma dell'estinto Cavallotti, in quanto la cremazione fu ritenuta incompatibile colla forma di sepoltura per inumazione propugnata dalla rappresentanza di Giuseppe; invece nella sentenza della Corte bresciana, dalla quale fu scartata l'esistenza del giudicato nel senso affermato dalla Corte milanese, ebbero influenza, comunque in minor grado, gli argomenti di analogia tratti dagli istituti giuridici relativi alla tutela ed all'assistenza degli incapaci nel fine di giustificare l'ingerenza dell'autorità giudiziaria per provvedere nel caso d'irriducibile dissenso degli interessati intorno alla cosa comune; e la diversità, come rileva la difesa del ricorrente, si accentua sempre più, in quanto la sentenza della Corte di Brescia ritenne di potere, allo stesso intento di dare facoltà d'ingerenza all'autorità giudiziaria ai sensi e limiti dell'art. 678 cod. civ., addivenire ad un apprezzamento degli atti, su cui si formò il dissenso, diverso da quello della sentenza cassata di Milano.

Ma con queste diversità, alle quali corrispondono mezzi di annullamento propri e distinti per ciascuna delle due sentenze, non si possono dissimulare i punti di contatto, anzi le identità, che, prima di prospettarsi nel dispositivo loro, si riscontrano nei ragionamenti che ne sono il caposaldo e nei conseguenti mezzi di annullamento ond'esse sono state investite.

Convennero ambedue le Corti nel proclamare nel campo teorico, sotto l'influenza del frammento di Ulpiano (L. 14 paragrafo 4 p. p. *de religiosis*), la prevalenza del titolo ereditario su quello di sangue; convennero che nella specie concorrevano in ambedue i contendenti, comunque in maggior grado nel ricorrente Cavallotti per esser figlio ed erede testamentario di Felice Cavallotti, i due titoli dipen-

(2-4) La questione, troppo lungamente trascinatasi nelle aule giudiziarie, ebbe il primo dibattito dinanzi al Tribunale di Milano (dec. 15 dicembre 1899, *Diritto e Giur.*, XV, 900). Se ne occuparono poi successivamente: la Corte di appello di Milano (dec. 9 maggio 1905, *Foro ital.* 1905, 1. 1512), la Corte di cassazione di Torino (dec. 20 gennaio 1906, *id.* 1906, 1, 661) e la Corte di appello di Brescia (dec. 10 luglio 1906, *id.* 1906, 1, 1001). Ora, trattandosi di sepolcro, ogni controversia è ben sepolta.

Cfr. in materia Cass. Torino 13 marzo 1884, *Foro ital.* 1884, 1, 864 — e 15 febbraio 1895, *Legge* 1895, 1, 729; Cass. Napoli 4 agosto 1903, *Foro ital.* 1903, 1, 1142; A. Napoli 18 giugno 1906, *id.* 1906, 1, 1262; Cass. Napoli 16 maggio 1907, *Trib. giud.*, 1907, 237.

In dottrina si consultino: G. CASTELLANO, *Diritto di scelta del sepolcro*, Napoli, tip. Giannini, 1903; A. BUTERA, *Indole del diritto di sepolcro*, in *Giostra*, 1902, 21; FADDA, *Sul diritto di sepolcro*, in *Foro ital.* 1888, 1, 420; PRANZATARO, *Il diritto di sepolcro* — e in *Digesto ital.*, voce *Sepolcro*; PALLADINI, *La comunione del diritto di sepolcro nelle leggi romane e nella italiana vigente*, Torino, anno 1890.

denti dal vincolo di sangue e dalla qualità di erede; e per dar ragione di quest'ultima affermazione convennero pure nell'affermare che il legato disposto a favore di Noemi Villa non rappresentava che un modo di tacitazione della legittima, il quale non la privava della qualità di legittimaria in un argomento che non costituiva un diritto patrimoniale; e convennero infine nell'ammettere che, atteso il dissidio dei cointeressati nel diritto, che cadeva sopra cosa per sua natura indivisibile, in mancanza di disposizioni nel diritto positivo, potesse per via di analogia farsi ricorso alle disposizioni in tema di comunione, ed autorizzarsi l'intervento dell'autorità giudiziaria a provvedere sul collocamento definitivo della salma di Cavallotti, secondo ragioni di convenienza e di opportunità.

I quattro mezzi di annullamento, tranne in ciò che riflette le censure degli argomenti propri della sentenza bresciana, non sono che la riproduzione del quarto mezzo del primo ricorso alla Cassazione torinese, dove furono condensate tutte le identiche violazioni di legge, a cominciare dalla contraddizione della motivazione, addebitandosi alle due sentenze di merito di avere preferito nella scelta della sepoltura del cadavere del padre il diritto del figlio dopo avergli riconosciuto la prevalenza per la prossimità del grado, per la nomina di erede scritto e per l'entità degli interessi patrimoniali rappresentati, e nelle quali violazioni hanno parte saliente quelle che si riferiscono alle disposizioni ed ai principî del diritto successorio in quanto alla ritenuta qualità di erede legittimaria nella Noemi Villa dopo il conseguimento del legato, e quelle che si riferiscono all'applicazione analogica delle disposizioni in tema di comunione in quanto alla proclamata ingerenza dell'autorità giudiziaria per provvedere intorno a ciò che esorbita dall'amministrazione della cosa comune.

Vi è, per quanto si è avvertito, oltre all'identità del dispositivo delle due pronuncie di merito, identità delle rispettive considerazioni ed identità parziale nei mezzi di annullamento, da costituire tra esso e la sentenza di cassazione del Supremo Collegio subalpino quell'antitesi che in applicazione del riferito art. 547 cod. proc. civ. attrae alla giurisdizione di queste Sezioni unite l'esame del ricorso di Giuseppe Cavallotti; antitesi che si rende più spiccata col richiamo di quanto disse lo stesso Collegio subalpino in riguardo alla sentenza della Corte di Milano: « Una sentenza, che desse disposizioni eccedenti l'orbita dell'amministrazione e pregiudizievole ai diritti di alcuno dei partecipanti, farebbe mal governo della legge e dello spirito cui essa è informata ,e dovrebbe venir cassata. A questa condanna non può sfuggir la sentenza in esame, che, in luogo di limitarsi a dare provvedimenti interinali e conservativi, definitivamente risolse il conflitto fra partecipanti accogliendo l'assunto di essi in totale pregiudizio di quello dell'altro »; e questa condanna incombe sulla sentenza della Corte di Brescia per effetto del mezzo in cui si denunciò che ,avendo essa dichiarato dovere la salma di Felice Cavallotti essere deposta nel sarcofago in alto, addivenne ad un atto di disposizione che eccede le attribuzioni riconosciute all'autorità giudiziaria dall'art. 678 su ripetuto.

Nulla mette in essere per contraddire alla giurisdizione delle Sezioni unite la diversità di alcuni mezzi riferibili esclusivamente alle considerazioni speciali della Corte di Brescia, non potendosi, senza incorrere nell'assurdo, scindere l'esame dal merito del ricorso e riservarne una parte alla Cassazione territoriale.

Osserva, in esame del ricorso e preliminarmente delle censure svolte nei mezzi primo e terzo che interessano specialmente la giurisdizione delle Sezioni unite, che la Corte di Brescia pose a fondamento della sua decisione che il diritto di provvedere al collocamento definitivo dei resti mortali di Felice Cavallotti è un diritto comune al figlio Giuseppe e alla nipote Noemi Villa, essendo riferibile ad una cosa che è comune, nel concetto non già di una normale comunione, comprensivo di una materiale disponibilità e proprietà, ripugnanti alla cosa che n è l'oggetto, *quae aestimationem non recipit*, ma di quel complesso di morali soddisfazioni, di quegli appagamenti spirituali, che si compendiano nella conservazione e nella custodia della salma del desiderato congiunto, e che si traggono da tutte quelle manifestazioni ed onoranze che l'affetto ed il culto hanno suggeriti agli umani dai tempi più remoti.

Dopo avere ciò premesso, la Corte di rinvio, attese le contrarie pretese di Giuseppe Cavallotti e di Noemi Villa, per mezzo della sua rappresentanza, in ordine alla tumulazione

definitiva delle spoglie del rispettivo padre ed avo, ritenne, aderendo agli insegnamenti della dottrina e della giurisprudenza, riaffermati nella decisione del Supremo Collegio subalpino, che un criterio legale che poteva guidare alla soluzione della controversia si dovesse attingere nelle regole riguardanti la comunione, e prèse ad esaminare ciò che era naturale conseguenza dell'annullamento della pronuncia milanese, cioè, se a rimediare il dissidio sorto tra i vari cointerressati alla comunione del diritto di tumulazione della salma di Felice Cavallotti potesse ricevere applicazione il capoverso dell'art. 678 cod. civ. e quindi aver campo di esplicarsi l'ingerenza dell'autorità giudiziaria per gli opportuni provvedimenti.

A tal riguardo, non esitò la Corte di Brescia ad affermare, dichiarando di coindividere l'avviso della Cassazione torinese, che l'art. 678 capov. doveva limitatamente applicarsi quando il dissidio tra i comunisti, non potuto eliminare per formazione di maggioranza, cadesse sopra atti riferibili all'amministrazione od al miglior godimento della cosa comune.

Dopo di che il pensiero della Corte di Brescia è incerto e perplesso. Ed infatti essendosi essa determinata ad emettere un provvedimento definitivo sulla tumulazione di Cavallotti dando la preferenza a quel modo di tumulazione che corrisponde alle pretese della rappresentanza di Noemi Villa, non si rileva se ella s'indusse ad ingerirsene perchè abbia ritenuto trattarsi di atti rientranti nell'amministrazione e nel miglior godimento della cosa comune.

E la ragione del dubbio sorge da ciò, che la Corte si fece strada alla sua conclusione col negare che la rimozione della salma del Cavallotti dal colombaro del cimitero monumentale di Milano costituisca un'innovazione da aver luogo col consenso dei due partecipanti alla comunione, essendo manifesto che, se l'asporto dalla sede provvisoria, anzichè una innovazione, prospettasse soltanto l'uso ed il godimento della *res comunis* non sarebbe necessario siffatto accordo, e basterebbe la maggioranza dei partecipanti; donde l'applicabilità di quelle regole relative al caso in cui una maggioranza tra i partecipanti non fosse riuscita a formarsi per risolvere il dissidio intorno all'atto che vi ha dato occasione.

E se questo fu il pensiero della Corte di Brescia non può tardare ad incontrare la censura di questo Supremo Collegio, dalla quale male cercò schermirsi con l'osservazione che la rimozione della salma dalla sede provvisoria non si doveva ravvisare un'innovazione per le circostanze del fatto.

Se la Corte di rinvio avesse atteso a quello che ciascuna delle parti reclamava, cioè la preferenza del diritto di assegnare ad una sede definitiva la salma del comune trapassato, ed a quello che dessa avvisò di statuire, avrebbe ben considerato che non si trattava di sostituire ad una sede provvisoria altra simile, come aveva autorizzato la sentenza del Tribunale di Milano, ma di un provvedimento il cui significato e la cui importanza erano coartati dalle evidenti conseguenze sull'esercizio del diritto di sepolcro nel senso del più accentuato atto di disposizione.

Infatti, considerato il diritto del sepolcro nella sua obiettività, di riporre una salma in sede definitiva e lasciarvela a perpetuità, non si può concepire in ordine a questo diritto un atto di disposizione che più si avvicini al concetto di proprietà, poichè l'avere o non avere nel predisposto avello le spoglie venerate del caro trapassato comporta esercizio o meno di quei diritti di cui la specialità dell'oggetto è suscettiva, facoltà, piena o menomata, di confortar la salma di lacrime e di onori ,e di tributarle quelle manifestazioni e quelle soavi cure che continuano misticamente le relazioni affettuose della vita, e possibilità di congiungere nella pace dello stesso tumulo i propri resti mortali, simbolo e preludio della sperata ricongiunzione delle anime nelle gioie dell'oltre tomba.

Ond'è che la divergenza intorno alla sede stabile da assegnare alla salma di Felice Cavallotti non è solo divergenza sulla località materiale dov'essa avrà l'ultimo rifugio, ma investe il diritto di uso della cosa comune che compete a ciascun partecipante e che non può dipendere da provvedimenti dell'autorità giudiziaria in sostituzione della maggioranza dei partecipanti, specie se i provvedimenti riescono, non già al miglior godimento a loro vantaggio, ma in manifesto loro pregiudizio.

Sussiste pertanto l'erronea applicazione del terzo mezzo; nè può davvero plaudirsi all'altro criterio escogitato dalla Corte di Brescia per dar ragione del ricorso all'autorità giudiziaria, ossia all'applicazione analogica delle norme sugli istituti relativi alla tutela

ed all'assistenza degli incapaci, poichè chi soltanto si sofferma a considerare il diverso ufficio a cui è chiamato il magistrato nello svolgimento pratico di tali istituti, deve convenire che mai più fuori di proposito si fece uso dell'analogia, e che giustamente fu segnalata alla censura di questo Supremo Collegio la sentenza bresciana con gli altri specifici addebiti svolti nello stesso terzo mezzo.

La sentenza medesima non può sfuggire a censura anche in riguardo agli altri criteri giuridici che avrebbero influenzato la sua decisione per la preferenza data alla tumulazione scelta dalla rappresentanza di Noemi Villa.

Non gioverebbe osservare che in questa decisione contribuirono considerazioni di opportunità e di convenienza, che non sarebbero sindacabili in questa sede di cassazione, poichè, se per le medesime la Corte di Brescia fu indotta a ritenere che le sue statuizioni intorno a detta tumulazione corrispondevano alla destinazione fissata dall'uso, che è la norma tracciata dall'art. 675 cod. civ. ai partecipanti nel servirsi della cosa comune, quelle considerazioni potevano ritenersi esaurienti per l'applicazione concreta della citata disposizione legislativa, ma rimane impregiudicato il compito a cui deve attendere questo Supremo Collegio per le specifiche doglianze sollevate nel ricorso, se l'applicazione ebbe luogo nei termini e modi prescritti.

Ora non fu se non in seguito ad incompleto esame del testè rammentato art. 675 cod. civ. che la sentenza denunciata della Corte di Brescia riuscì a concludere che anche dall'analogia fra la specie e la comunione risultava insussistente il diritto preteso da Giuseppe Cavallotti per la scelta del tumulo per la salma paterna, ed a far prevalere la rappresentanza di Noemi Villa, mentre la Corte suddetta, anzichè limitarsi a ricercare se la destinazione definitiva stabilita dalla rappresentanza di Noemi Villa era un modo di servirsi della cosa comune, era richiamata dallo stesso invocato articolo ad esaminare se questo modo di tumulazione rispettava l'interesse della comunione, e se con esso rimaneva integro il diritto dell'altro partecipante, anche se nessun motivo di preferenza fosse esistito a di lui favore.

Certamente, trattandosi della spoglia di un uomo che rese chiaro il suo nome nella letteratura e per benemerenze acquistate verso la patria, il collocamento della sua salma nel sarcofago in alto del cimitero di Dagnente rappresentava la destinazione più rispondente all'uso di onorare gli uomini illustri e di segnalarli con mausolei e ricordi marmorei e di bronzo alla riconoscenza nazionale; ma non poteva non avvertire la Corte che è un modo di tumulazione nocivo all'interesse della comunione, tanto da potersene considerare in riguardo ai partecipanti come la cessazione, e lesivo del diritto del Giuseppe Cavallotti per la condizione in cui egli sarebbe venuto a trovarsi dopo il collocamento della salma paterna nel sarcofago eretto con pubblica sottoscrizione, privo di ritrarre quei morali conforti e quello spirituale godimento che si era assicurato mercè la costruzione di una tomba propria, per la sola considerazione di esser questa nè altrettanto grandiosa nè altrettanto bella.

Oltre l'erronea invocazione, già dimostrata, dall'art. 678 cod. civ., la sentenza denunciata, pur rimanendo nel supposto di un diritto comune ed indivisibile tra Giuseppe Cavallotti, e Noemi Villa, non evitò nel modo di risolvere il loro dissenso sull'esercizio di questo diritto gli errori logici e giuridici, in cui era incorsa la Corte milanese.

Dopo aver riconosciuto che nel Giuseppe Cavallotti ricorreva in maggior grado il vincolo di sangue in rapporto all'uomo della cui spoglia si contendeva, e dopo aver proclamato, sul fondamento del trascritto frammento di Ulpiano e dei precedenti dottrinali e giurisprudenziali, che, quando il defunto nulla ha pensato di disporre sul proprio cadavere, il diritto di provvedervi, insieme con l'onore delle spese funebri, passa all'erede scritto, la Corte avrebbe dovuto, anzichè mettere alla pari in riguardo al diritto conteso le pretese di chi, pur avendo vincolo di sangue con lo estinto, l'avea in minor grado, e di chi avendo liquidato le sue spettanze patrimoniali col conseguimento del legato, non aveva pel testamento paterno la qualità di erede, considerare che, anche prescindendo dal concetto di un diritto esclusivo a favore di Giuseppe che raccoglie nella propria persona i titoli preminenti della maggiore propinquità del grado e della qualità ereditaria, quantomeno si versava nell'ipotesi di chi per siffatti titoli, anche come partecipante, compendia nel cam-

po della ragion civile, non meno che della ragione naturale, la maggiore entità degli interessi.

Nei ragionamenti della Corte bresciana, oltre il patente vizio di contraddizione, è non meno manifesto l'errore giuridico nell'affermazione che la Noemi Villa, ritirando il pagamento del legato, abbia conservato con la qualità di nipote la qualità di erede per la quota legittima.

Coll'accettazione del legato disposto per soddisfare la legittima non vi è più legittimaria, ravvisandosi in quell'accettazione una novazione, sia nell'oggetto che nella causa della obbligazione nella causa, perchè il legato, in quanto sostituisce la legittima, risale al testamento, cioè alla volontà del defunto, e non alla legge; e nell'oggetto, perchè alla parte di beni in natura è sostituito il compendio del legato.

Così nei diritti che con *l'universum jus* passano in colui che il testatore ha designato per suo erede non può esservi parità giuridica tra lui e chi, accettando il legato, ha rinunziato al titolo di erede derivante dalla legge, e in ispecie riguardo al diritto del sepolcro pel quale il diritto eminente dell'erede si fonda sulla supposizione che l'estinto a lui siasi rimesso: la parità di diritto in colui, cui manca il titolo ereditario, contrasta alla presunta volontà dell'estinto.

Al rifiuto della maggiore influenza della poziorità del diritto successorio si congiunge nella sentenza denunciata il disconoscimento dell'influenza dovuta alla propinquiorità del rapporto di sangue, che esercita sempre una prevalenza in ordine a tutti quei diritti famigliari che non possono patire diminuzione o posposizione dal concorso di altri che in rapporto del sangue sia meno propinquo.

Argomentando con maggiore efficacia e con maggiore opportunità di quello che abbia fatto la denunciata sentenza dalle norme relative agli istituti per la tutela ed assistenza degli incapaci, vedesi che la prossimiorità del grado di parentela è considerata esplicitamente come titolo di preferenza (art. 252 cod. civile).

Ond'è che nella specie l'esclusione della scelta fatta dal figlio per la tumulazione della spoglia paterna contraddice ai principî del diritto naturale che lo designano in primo luogo per la sua qualità di figlio ad esercitare sul cadavere del padre quella cura e quella tutela dalle quali discende la preferenza a ricercare per esso la conveniente sepoltura; contraddice ai principî del diritto civile, che lo indicano in preferenza, reputandosi le sue deliberazioni in proposito come la spiegazione e l'interpretazione della volontà del defunto; e contraddice alla finalità della ipotizzata comunione perchè la scelta che meritò la preferenza dinanzi alla Corte di Brescia ripone in altri, al di fuori della comunione, l'obbligo ed il diritto di tutela e cura della cosa comune, che se può, pel carattere artistico del sarcofago e pel significato morale, prospettare una forma più nobile e più elevata di godimento che si può trarre dalla medesima non è il miglior godimento, se in esso, non già il vantaggio dei partecipanti può scorgersi, piuttosto la coatta privazione del loro diritto.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

25 giugno 1907 n. 549

Pagano *Pres.* — Corbo *Est.*

Vestri (avv. *G. Guarini* e *T. Paolucci*) contro Società di navigazione italiana (avv. *G Rolandi-Ricci* e *A. Rossi*).

La prescrizione quinquennale, di cui all'articolo 919 n. 1 cod. comm., colpisce le sole operazioni di natura sociale, cioè quelle che mettono capo alla società e generano rapporti aventi per presupposto e condizione indispensabile la esistenza della società (1).

Non sono soggette, quindi, a cotesta prescrizione, bensì alla prescrizione ordinaria commerciale, le azioni dei terzi verso la società per inadempimento di obbligazioni contratte alla stregua di ogni altro commerciante, senza rapporto alcuno con l'esistenza della società (2).

(1-2) Per quanto sia conosciuta la nostra opinione in proposito (ved. in questa Raccolta 1904, 219 — 1905, 418-419 e 455 - 1906, 75 — e 1907, 214), torniamo ad osservare che il Supremo Collegio di Roma ribadisce con questa decisione il nuovo indirizzo assunto già con l'altra recentissima sentenza 16 aprile 1907, est. NIUTTA (*Pal. Giust.*, 1907, 214). Del vecchio indirizzo rimane prova la sentenza 3 giugno 1896, *Foro ital.*, 1896, 1, 961.

Lo stato attuale della dottrina e della giurispru-

La Corte, ecc. — Esauriti i due primi mezzi, che erano pregiudiziali, e poichè gli altri hanno per presupposto la questione della prescrizione quinquennale, si rende opportuno di passare ora all'esame del quinto mezzo, col quale si censura appunto la sentenza di avere applicata la detta prescrizione alla azione promossa dalla ricorrente contro la Società di navigazione generale per inadempimento di un'obbligazione che si rannodava al contratto di trasporto.

La controversia quindi cade sul contenuto sui limiti e sull'essenza della prescrizione quinquennale in materia di società per quanto concerne le *operazioni sociali*, di cui parla il codice di commercio all'articolo 919 così concepito: « si prescrivono col decorso di cinque anni: 1. le azioni derivanti dal contratto di società o dalle operazioni sociali, qualora siano state eseguite regolarmente le pubblicazioni ordinate nel titolo IX del libro ». Alcuni sostengono (come precisamente la denunciata sentenza) che non ammettendo nè distinzioni nè limiti la dicitura ampia del testo — *azioni derivanti dal contratto di società o dalle operazioni sociali* — e riflettendo quindi la prescrizione quinquennale in materia di società tutti i rapporti interni ed esterni, ne consegue che nelle parole *operazioni sociali* debbano essere comprese o designate le operazioni commerciali di qualunque genere, ossia gli affari di qualsiasi qualità e specie che costituiscono l'oggetto della società, in altri termini tutti quegli atti di commercio con i quali si compie la finalità economica di ciascuna società. Come ognuno vede, questa interpretazione ha il suo principale fondamento sulla nota regola: *ubi lex non distinguit, neque interpretis est distinquere.*

Certamente, secondo il linguaggio comune ed anche scientifico, sono da considerarsi come *operazioni sociali* tutti gli atti che una società commerciale compie nello svolgimento della sua attività per raggiungere il proprio scopo.

E se questo fosse davvero il solo significato da attribuirsi alla detta locuzione adoperata nel n. 1 dell'articolo 919, si commetterebbe, senza dubbio, una infrazione alla cennata regola, se si volesse restringere una così illimitata disposizione e sottoporla a distinzioni contrarie alla sua generosità. Ma, a bene interpretare il contenuto ed i limiti della prescrizione quinquennale riguardo alle *operazioni sociali*, bisogna tener conto che in altre disposizioni del codice di commercio cotesta frase trovasi usata a significare non solo tutti i negozi giuridici a cui può dar vita una società, ma anche quelle operazioni che non altrimenti possono sorgere se non per cause e fatti inerenti allo stesso istituto, e che senza presupporre l'esistenza di una società (come disse questo Supremo Collegio nel suo arresto del 16 aprile 1907 nella causa tra la Società degli Alti Forni e De Angelis) non troverebbero ragione, nè modo di essere. Ed in vero, negli articoli 148 e 184 n. 2, per esempio, si parla di operazioni sociali nel senso di atti di commercio, che una società compie, come li potrebbe compiere ogni altro commerciante: altrove poi la stessa locuzione si trova per dimostrare alcuni speciali rapporti giudiziari, in cui l'elemento *società* è condizione indispensabile, come chiaramente si scorge dall'art. 122, nel quale è dichiarata la responsabilità degli amministratori verso i terzi o verso la società per le operazioni da loro eseguite, che non fossero espressamente menzionate nell'atto costitutivo; dall'art. 148, in cui

denza è il seguente. Per la prescrizione decennale dell'azione dei terzi stanno: App. Trani 11 febbraio 1901 (*Foro it.* 1903, 1, 497); A. Venezia 31 ottobre 1902 (*id.* 1903, I, 126); C. Firenze 6 agosto 1903 (*id.* col. 1207); A. Napoli 9 dic. 1903 (*id.* 1904, I, 439); A. Perugia 9 dic. 1904 (*Giurispr ital.*, 1905, 1, 2, 201); C. Firenze 20 febbraio 1905 (*id.*, 1905, 1, 1, 499); C. Torino 6 marzo 1906 (*Mon. Trib.* 1906, 261); A. Genova 6 luglio 1906 (*Temi gen.* 1906, 464); C. Torino 13 sett. 1906 (*Foro it.* 1906, 1373) — PUGLIESE, *Prescriz. estint.*, 2. ediz., n. 379 segg.; AZZARITI nella *Giurispr. ital.* 1903, II, 51 e 1904 II, 172; BRUSCHETTINI nella *Corte d'Ancona* 1904, 134; LEBANO, *Lettera intorno ad alcuni dubbi relativi alla prescriz. quinquennale* 1905, e *Studi napoletani* 1895, 97; ZIINO nella *Riv. di dir. comm.* 1904, I, 147 e finalmente VIVANTE nella 2. ediz. del suo *Trattato* IV, n. 2220 e in tre notevolissimi studi nel *Foro ital.* 1903, I, 497; 1906, I, 101 e 1371.

Stanno per la prescrizione quinquennale: A. Torino 4 agosto 1903 (*Foro it.* 1903, I, 1425); A. Ancona 26 marzo 1904, (*id.* 1904, I, 625); A. Milano 1 febb. 1905 (*id.* 1905, I, 391); MANARA, *La prescrizione in materia di Società comm.*, nella *Giurispr. ital.* 1905, IV, 1; RISSETTI nel *Foro it.* 1903, I, 1429 (parag. 4 e segg.); SRAFFA, *La liquidaz. delle Società anonime*, p. 302; VIGHI, nella *Temi*, 1905, 9; CIARLETTA, in *Giur. ab.* 1907, 97.

trattandosi di un amministratore estraneo al Consiglio di amministrazione si proclamò la sua responsabilità, per lo adempimento dei suoi doveri nell'eseguire le operazioni sociali; e dall'art. 192, nel quale è parimenti stabilita la responsabilità degli amministratori per le nuove operazioni da essi intraprese dopo sciolta o messa in liquidazione la società. Or se la stessa legge distingue le operazioni sociali in genere da quelle di natura specifica, che mettono capo essenzialmente allo elemento sociale, ne discende come legittimo corollario che, per risolvere la controversia intorno alla estensione ed ai limiti della prescrizione quinquennale relativamente alle azioni derivanti dalle *operazioni sociali*, fa d'uopo indagare se cotesta locuzione, che ha sollevato tanta discordia nella dottrina e nella giurisprudenza, sia stata usata nello art. 919 n. 1, in senso lato, o nel senso più ristretto. In altri termini si tratta di vedere, se la detta prescrizione si estenda alle azioni che derivano da tutte le operazioni sociali assunte da una società nella sfera della sua attività, come si sarebbero potute compiere dai singoli commercianti, ovvero colpisca soltanto le azioni, che nascono da quelle speciali operazioni nelle quali l'elemento società è condizione indispensabile.

Posta in questi termini la questione, è facile togliere gli equivoci e superare le difficoltà.

Ed infatti coordinando l'art. 919, che contiene una disposizione eccezionale in materia di prescrizioni commerciali, col precedente art. 917, che regola la prescrizione ordinaria, non si dura fatica a comprendere, che le operazioni sociali, di cui parla il citato art. 919, siano limitate a quelle di natura essenzialmente sociale, che partoriscono speciali rapporti giuridici compatibili soltanto colla esistenza di una società. Imperocchè altrimenti, volendosi estendere il loro significato a tutti i rapporti contrattuali intercedenti tra una società e i terzi, si verrebbe alla strana conseguenza di dovere ammettere per una stessa specie di contrattazione due diverse prescrizioni, l'una di cinque anni e l'altra di dieci, a seconda che la relazione giuridica si fosse stretta con una società, o con un singolo commerciante.

Ma ciò sarebbe giuridicamente impossibile ed assurdo; perchè si verrebbe da una parte a concedere alle società un privilegio singolarissimo non giustificato da alcuna ragione di ordine generale, e dall'altra a contraddire e sconvolgere il sistema del codice, che nello stabilire le varie categorie di prescrizioni si è sempre ispirato al concetto dell'obbiettività degli atti, che voleva assoggettare sia alla prescrizione ordinaria di dieci anni, sia alle prescrizioni più brevi, senza mai alcuna considerazione subbiettiva concernente le persone fisiche e collettive.

Ne si dica che le società abbisognano di brevi prescrizioni pel fatto che in ogni anno si chiude il loro esercizio e si mutano spesso i soci, poichè questo argomento, tratto dal cambiamento dei soci, a prescindere che può riferirsi soltanto alla Società per azioni e non alle società di persone, non è sufficiente a giustificare l'applicazione della prescrizione quinquennale alle azioni che nascono dai rapporti contrattuali stretti coi terzi, ai quali torna indifferente l'ordinamento interno delle società, come è indifferente se le medesime, concorrendo alla formazione del contratto, abbiano compiuta un'operazione sociale per raggiungere lo scopo della loro attività.

Se si adottasse dunque una interpretazione estensiva della locuzione *operazioni sociali*, e si volessero quindi comprendere nella prescrizione quinquennale tutte le azioni che si possono far valere dai terzi contro una società commerciale, e viceversa, si verrebbe in sostanza a scoprire ed a riconoscere una innovazione della cui gravità non si trova una esplicita traccia nei lavori preparatori del codice di commercio. Che, anzi, le espressioni, usate nei vari verbali della Commissione, manifestano l'intendimento di applicare la prescrizione quinquennale soltanto ai rapporti di *natura sociale* aventi per presupposto la esistenza di una società regolare.

E la Commissione più specialmente osservò nella seduta 24 gennaio 1872 (verbale 125, numero 732) che il sistema del precedente Codice sarebbe rimasto radicalmente modificato « sia col ridurre la prescrizione ordinaria degli affari commerciali al decorso di soli 10 anni, sia col fissare, per la prescrizione estintiva delle azioni derivanti dal contratto di società e dalle obbligazioni sociali, un periodo di cinque anni ».

Ma se il codice del 1865 (art. 172 e 174) ammetteva, in materia di società, la prescrizione quinquennale solo per liberare i soci dal vincolo della solidarietà rispetto ai terzi dopo lo scioglimento della società, è naturale che, essendosi voluto applicare la stessa prescri-

zione alle azioni derivanti dal contratto di società e dalle obbligazioni sociali, cotesta modificazione non poteva riferirsi che alle obbligazioni *di natura sociale*, poichè era appunto questa la materia sulla quale il legislatore si era proposto di legiferare.

Or tutto ciò riconferma il concetto che la eccezionale prescrizione quinquennale, di cui all'art. 919 n. 1, non può colpire che le operazioni *di natura sociale*, cioè quelle che mettono capo alla società e generano rapporti nei quali l'elemento sociale è una condizione indispensabile. Ma tutti gli altri rapporti che nascono da atti commerciali, ai quali è estraneo l'elemento sociale, e che la società compie nelle stesse forme, come li potrebbe compiere ogni altro commerciante, non possono essere sottoposti che alla prescrizione ordinaria regolata dall'art. 917.

Errò, quindi, la Corte di merito, quando applicò la prescrizione quinquennale all'azione spiegata dalla ricorrente contro la Società di navigazione generale per lo inadempimento di una obbligazione che, derivando dal contratto con essa concluso, non poteva far sorgere tra le parti alcun rapporto di natura sociale.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

3 luglio 1907 n. 588

Baudana *Pres.* — Coletti *Est.*

Alessandrelli e Tocchi (avv. *G. Guasco*) contro Flini (avv. *G. Manna*).

Nel caso di abbreviazione del termine con controcitazione dell'appellato, notificata non personalmente all'appellante, il magistrato d'appello non può rigettare l'appello senza esame, se non si rinnovi il biglietto, ma può esaminare l'appello stesso e deciderlo in merito (1).

La Corte, ecc. — Osserva che male si appongano i ricorrenti sostenendo col primo mezzo la violazione dell'art. 51 del Regolamento 31 agosto 1901 sulla riforma del procedimento sommario e devesi invece riconoscere che la sentenza denunciata lo interpretò rettamente e ne fece giusta applicazione. I ricorrenti sostengono, contro la pronunzia della Corte di appello, che l'articolo 51 riflette tutta la procedura del giudizio di appello e non unicamente il rigetto dello appello senza esame, di guisa che, secondo la tesi dei ricorrenti, nel caso di controcitazione per abbreviazione del termine intimato all'appellato, se l'appellante non comparisce e la controcitazione non gli fu notificata personalmente, e non fu rinnovata, sia interdetto non solo di pronunziare la diserzione dall'appello, ma non si possa neppure scendere all'esame e risoluzione dell'appello nel merito, se l'appellante non è nuovamente citato nel termine stabilito dal presidente.

Ma è un errore il dire che l'art. 51 riflette tutta la procedura di appello. Le disposizioni in quell'articolo contenute regolano e disciplinano l'istituto del rigetto dell'appello senza esame contemplato nell'art. 489 Codice di procedura civile, e non toccanonè la dichiarazione di contumacia, nè l'esame di merito. Per fermo tutte le varie disposizioni dell'articolo in disamina si connettono e si riferiscono al rigetto dell'appello senza esame. Così, dopo avere stabilito che esso è pronunciato nel caso di non comparizione dell'appellante all'udienza fissata per la discussione della causa innanzi al Collegio, togliendo tutti i dubbi sorti in argomento per lo passato nella pratica, ammette a favore dell'appellante che ha depositato in cancelleria la sentenza appellata e gli atti e documenti del primo giudizio il diritto alla comparizione tardiva e a difendere il suo appello dal rigetto senza esame se ha notificato il deposito, nel caso che alla discussione della causa non abbia per av-

---

(1) IL RIGETTO DELL'APPELLO SENZA ESAME NEL CASO CHE L'APPELLATO ABBIA CONTROCITATO L'APPELLANTE, FISSANDO UNA UDIENZA PIU' VICINA PER LA DISCUSSIONE DELL'APPELLO.

Il nuovo regolamento sul procedimento sommario (regio decreto 31 agosto 1901, art. 51) stabilisce che *in tal caso*, se l'appellante non comparisca, deve questo essere nuovamente citato tutte le volte che la notifica della controcitazione non sia avvenuta *in persona propria*.

Ciò importa che, mancando la notifica della controcitazione in persona propria, non può dichiararsi a danno dell'appellante il rigetto dell'appello senza esame (cfr., in proposito, la decisione 24 ottobre 1904 della Cass. Roma, in questa Raccolta, 1904, pag. 6; e l'altra decisione 24 marzo 1906 della stessa Corte — ivi, 1906, pag. 254 — che estese il principio anche al caso di controcitazione per riassunzione dell'appello non iscritto al ruolo dalle parti interessate): la parola del legislatore è troppo

ventura presentato la sentenza, gli atti e i documenti del primo giudizio, l'art. 51 coi due ultimi capoversi passa a regolare il caso della controcitazione da parte dell'appellato per la abbreviazione del termine a comparire. E forma due ipotesi: la prima, della comparizione dell'appellante controcitato il quale giustifichi di non aver potuto presentare la sentenza e gli altri atti e documenti, nel quale evento è concessa facoltà al Presidente di rinviare la discussione della causa ad altra udienza; la seconda, che l'appellante, controcitato non personalmente, non comparisca, ordinando che deve essere nuovamente citato nel termine da stabilirsi dal Presidente.

Ora codeste disposizioni formano un unico contesto, sono tutte dirette a dar norma di applicazione al rigetto dello appello senza esame, essendo questo e non altro il tema unico dell'articolo, onde la conseguenza che per la materiale sua struttura non sia consentita la interpretazione sostenuta dai ricorrenti, e debba restar ferma la massima ritenuta dalla denunciata sentenza, che se l'appellante controcitato per l'abbreviazione del termine non comparisce all'udienza stabilita dall'appellato e se la controcitazione non gli fu personalmente notificata, e non fu rinnovata, non si può rigettare l'appello senza esame, ma non è inibito pronunciare sul merito del gravame

Attesochè questa interpretazione trova conferma nella relazione del Guardasigilli a Sua Maestà sulle disposizioni che poi furono approvate con R. Decreto 3 agosto 1901. In detta relazione è dichiarato che l'art. 51 è « il coordinamento dell'art. 489 Codice di procedura civile al sistema della nuova legge sulla riforma del procedimento sommario, perchè da

---

imperativa perchè possa venire trasgredita.

Ma, se la rinnovazione della controcitazione è di essenza pel rigetto dell'appello senza esame, nella specie raffigurata, sarà lecito di farne a meno per la discussione dell'appello in merito?

Ecco la elegante controversia che si offre allo studio dei proceduristi.

Il Supremo Collegio di Roma, nella sentenza pubblicata qui sopra e che io corredo della presente nota, ha risposto di no a cotesta domanda. Egli ha osservato che l'art. 51 del citato regolamento non consente interpretazione estensiva: quivi si disciplina soltanto il caso del rigetto dell'appello dell'esame e le norme in esso stabilite non possono di conseguenza applicarsi per il diverso caso della discussione in merito dell'appello.

In tal modo a me sembra che la Cassazione romana acceda alla teorica che vede nel rigetto dell'appello senza esame una *pena* od una *decadenza*. Solo alla stregua, infatti, di una simil teorica può giustificarsi il carattere *restrittivo* della disposizione mentovata.

Ma, come bene rilevò già il MORTARA (in *Digesto italiano*, voce *Appello civile*, n. 1291-1308), non è a parlare affatto di penalità o di altro affine principio, in argomento: il rigetto dell'appello senza esame non è che la conseguenza della situazione in cui trovasi il giudice, per il fatto dell'appellante, di non poter esaminare l'appello nel merito. In altre parole, il rigetto dell'appello senza esame va ravvicinato all'assolutoria dal giudizio, della quale si occupa l'art. 381 cod. proc. civile, in relazione, oggi, con l'art. 1 del regolamento 31 agosto 1901 n. 413.

Senonchè potrebbe osservarsi che il ravvicinamento sussiste finchè rimangono fermi i termini. E' risaputo, invero, che, per chiedere in primo grado l'assolutoria dal giudizio, non ha bisogno il convenuto controcitante di notificare la controcitazione in persona propria dell'attore, ovvero di intimargli una seconda controcitazione, mentre diversamente è prescritto per l'appellato controcitante che, attesa la non comparizione dell'appellante, voglia invocare il rigetto dell'appello senza esame.

Ma la diversità di trattamento non altera, io penso, la sostanza della cosa: trattasi di assolutoria dal giudizio tanto nel primo che nel secondo grado, benchè nel secondo grado essa abbia effetti speciali che non ha nel primo, in quanto con la dichiarazione del rigetto dell'appello senza esame resta, di solito, vulnerato il merito della controversia, passando in cosa giudicata la sentenza dei primi giudici.

E' forse questo divario di effetti che ha consigliato al legislatore la disposizione dell'ultimo alinea dell'articolo 51 in discorso?

Io credo che possa rispondersi di sì, nonostante che la relazione, dalla quale è preceduto il decreto 31 agosto 1901, adduca un altro motivo. « Se l'appellato — ivi si legge — non fece notificare l'avviso di abbreviazione all'appellante in persona propria, *chi può escludere il ragionevole dubbio che la di lui contumacia sia conseguenza di aver ignorato quell'avviso?* ».

Dunque, la rinnovazione della controcitazione sarebbe stata inspirata, secondo il concetto di chi formulò il nuovo regolamento sul procedimento sommario, dalla opportunità d'impedire che l'atto di controcitazione resti ignorato.

Ma questo motivo francamente non mi persuade. E perchè, allora, non si dispose altrettanto per il caso di controcitazione in primo grado? Perchè, se la rinnovazione della controcitazione

ora innanzi tale disposizione dovrà produrre i suoi effetti soltanto nel rito sommario », e che sembrò « ragionevole coordinare l'istituto nuovo dell'abbreviazione del termine alla severità del rigetto dell'appello senza esame con temperanza di criterio »…. per cui, se in massima la non comparizione dell'appellante o la mancata produzione dei documenti alla udienza indetta dall'appellato con la propria citazione debbano sottostare alla comminatoria dell'articolo 489, conveniva preoccuparsi delle possibili giustificazioni della condotta dell'appellante, le quali potrebbero alle volte rendere iniqua l'applicazione della legge con un effetto gravissimo qual'è quello di cui si ragiona. Così, se l'appellato non fece notificare l'avviso di abbreviazione all'appellante in persona propria, chi può escludere il ragionevole dubbio che la di lui contumacia sia conseguenza di avere ignorato quell'avviso, massime quando l'angustia del termine ne abbia reso malagevole la comunicazione?

Se adunque, secondo la relazione ministeriale, che autorevolmente rispecchia la intenzione del legislatore, le disposizioni dell'articolo 51 non ebbero altro scopo che quello di coordinare l'istituto del rigetto dell'appello senza esame alle nuove disposizioni sul procedimento sommario, e se fu reputato necessario di ripetere la notifica della controcitazione, non notificata in persona propria, lo fu allo intento di evitare l'*effetto gravissimo quale è quello di cui si ragiona*, cioè il rigetto dell'appello senza esame, appare sempre più manifesto, ciò che già emerge dal testo dell'articolo 51, che, non intimata personalmente la controcitazione e questa non rinnovata, la non comparsa dell'appellante non è imposta quale condizione per potersi chiedere il rigetto dell'appello senza esame, non è imposta pure per la discussione, in merito, dell'appello stesso? « Se la legge, scrive in argomento G. GUASCO (*a*), presume, senza ammettere neppure la prova in contrario, che l'appellante abbia ignorato l'abbreviazione del termine e la più prossima udienza, in che si deve discutere il suo gravame, agli effetti del rigetto dell'appello senza esame, non può davvero, senza contraddirsi, presumere invece la scienza legale, nell'appellante, della stessa udienza, per tutti gli altri effetti. Lo stesso fatto o si suppone ignorato, o si suppone noto. Non può sotto un aspetto presumersi noto e, sott'altro, ignoto ».

Questa contraddizione stridente non si elimina, se non ammettendo che, nella specie, la rinnovazione della controcitazione siasi ordinata in vista delle gravi conseguenze che ha l'assolutoria del giudizio in grado di appello.

Ciò spiega il diverso nome, di rigetto dell'appello senza esame, con cui l'assolutoria dal giudizio è qualificata in seconde cure; e ciò spiega altresì per qual motivo il nuovo legislatore non abbia voluto lasciare a cotesto istituto del rigetto la larghezza di una volta.

Se, ora, procediamo alla risoluzione della controversia proposta in principio della presente nota, è facile consentire nell'avviso espresso dal Supremo Collegio di Roma, cioè che, se la rinnovazione della controcitazione è necesaria perchè possa sorgere il diritto al rigetto dell'appello senza esame, non è affatto necessaria perchè l'appello si possa discutere in merito. Nulla di anormale in ciò, dal momento che non si reputa anormale in primo grado il poter discutere il merito senza la rinnovazione della controcitazione all'attore. Anzi, una manifesta ragione di analogia fa sì che il medesimo caso abbia l'egualè trattamento in tutti e due i gradi.

Una *condizione* diversa, imposta per il rigetto dell'appello senza esame, forma eccezione alla regola e, come tutte le eccezioni, non ha carattere estensivo. Il GUASCO, testè citato, pur riconoscendo che il rigetto dell'appello senza esame va ravvicinato all'assolutoria dal giudizio, pensa che, se per non essersi rinnovata la controcitazione, manca il diritto al rigetto dell'appello senza esame, manca eziandio il diritto a discutere il merito. Egli, però, deduce una simile conseguenza dal brano della relazione, che ho riportato più sopra, e dove la rinnovazione della controcitazione si giustifica col fatto della probabile ignoranza dell'abbreviazione dei termini da parte dell'appellante. Ma, dimostrato una volta che non è questo il vero motivo del disposto dell'ultimo alinea dell'art. 51, la sua tesi cade ineluttabilmente.

D'altronde, il GUASCO non tien conto degli argomenti di analogia, del fatto che la rinnovazione della controcitazione è *condizione*, come dicevo, pel sorgimento del diritto al rigetto dell'appello senza esame, — questioni tutte che a me sembran tali da far propendere piuttosto per la tesi della Cassazione romana, che per la sua.

La tesi del GUASCO lascia per lo meno un gran dubbio e fa rimproverare al legislatore di non essere stato esplicito.

Merita questo rimprovero Ludovico MORTARA?

AVV. A. S. MARTORELLI

(*a*) *Una nuova questione sull'art.* 51 *delle disposizioni per l'attuazione della legge* 31 *marzo* 1901 *n.* 107 *che riforma il procedimento sommario.* Roma, tip. della Pace di F. Cuggiani, 1907.

induce altro divieto, che quello unicamente di rigettare l'appello senza esame. La intenzione del legislatore fu, come si è visto, quella soltanto di armonizzare l'istituto del rigetto senza esame con le altre disposizioni nuovamente introdotte pel procedimento sommario, e non di portare innovazioni in ordine alle altre regole di procedura nei giudizi di secondo grado.

Attesochè, sulla questione in argomento, che è proposta la prima volta in Cassazione, invano i ricorrenti a sostegno del loro assunto ricordano la decisione di questo Supremo Collegio resa il 25 marzo 1906 sul ricorso Tommasini. Quella fattispecie è diversa dall'attuale. Trattavasi, allora, che, essendo mancata la iscrizione della causa a ruolo nella udienza fissata dall'appellante, l'appellato riassunse la causa con citazione a nuova successiva udienza, nella quale l'appellante non comparve e, sebbene la nuova citazione non gli fosse stata notificata in mani proprie e non fosse rinnovata, tuttavia l'appellato aveva chiesto il rigetto dell'appello senza esame, ed il magistrato aveva a questa conclusione fatto buon viso. Il Supremo Collegio disse, che tale richiesta non poteva essere accolta, perchè la disposizione dell'art. 51, per cui, nel caso di controcitazione a più breve termine da parte dell'appellato, questi non può domandare all'udienza di comparizione *il rigetto dell'appello senza esame*, se la citazione non sia stata notificata in mani proprie dall'appellante e non sia stata rinnovata, doveva trovare applicazione anche nel caso in cui, per mancata iscrizione della causa a ruolo, l'appellato la riassuma con citazione alla nuova udienza. E bene sta. Ma, nel caso di cui presentemente si disputa, non è che la Corte di merito abbia pronunziato il rigetto dello appello senza esame, come pure principalmente chiedevasi dall'appellato controcitante, chè anzi la relativa istanza respingeva; ma esaminava e decideva il gravame nel merito, il quale compito non poteva incontrare ostacolo nella ripetuta controcitazione agli appellanti, non notificati personalmente e non comparsi, mentre l'avrebbe incontrata di certo se la Corte, in luogo di respingere la conclusione per il rigetto dell'appello senza esame, l'avesse accolta, come i giudici del merito mal fecero nella causa Tommasini.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

6 luglio 1907 n. 600

Basile *Pres.* — Lago *Est.*

Vecchiotti (avv. *R. Foschini*) contro Damiani.

Colui, al quale venne rilasciata una cambiale in bianco, non può apporre su di essa un domicilio elettivo, se il debitore non l'abbia a ciò autorizzato con atto scritto: mancando tale autorizzazione, gli atti esecutivi notificati presso cotesto domicilio debbono dichiararsi nulli (1).

La Corte, ecc. — Sebbene l'uno e l'altro dei due mezzi del ricorso abbiano in loro molta

(1) Secondo una teorica comunemente adottata, la consegna di una bianchetta deve considerarsi contenere un mandato a riempirla con tutti i requisiti essenziali prescritti dalla legge e conseguentemente coll'indicazione del domicilio proprio dell'emittente.

Trattandosi, pertanto, di eleggere un domicilio diverso, occorrerà all'uopo un mandato speciale, non potendosi tale facoltà comprendere fra quelle derivanti dalla consegna della cambiale in bianco, poichè, come giustamente definisce il BIANCHI (*Corso di cod. civ. it.*, IV, n. 121), l'elezione di domicilio è una convenzione o disposizione accessoria al contratto ed all'atto pel quale essa si fa.

Ma quale dovrà essere la forma di questo mandato? Ecco la questione, che la presente sentenza risolve affermando che, a tenore dell'art. 19 Cod. civ., il mandato deve essere scritto.

E' una vecchia questione, che non può dirsi ancora risoluta, se in quei casi in cui la legge richieda l'atto scritto debba essere scritto anche il mandato relativo. L'opinione prevalente, però, è che, essendovi nel mandato l'incarico a fare un dato atto e non l'atto stesso, non debba estendersi a quello la forma richiesta per questo (CHIRONI, *Questioni di dir. civ.*, p. 200; SATTA, *Del mandato ad acquistare immobili*, nella *Legge*, 1896. I, 390). E qui sorge un'altra questione: il mandato, di cui trattasi nella specie, sarà civile o commerciale? A tale questione è preliminare l'altra, se l'elezione di domicilio in una cambiale sia atto civile o commerciale, e noi non esitiamo a rispondere che, essendo l'elezione di domicilio complemento di un atto commerciale, non può a meno di essere essa stessa un atto commerciale e per conseguenza dovrebbe a norma dell'articolo 350

parte d'eccessivo da respingersi, nella sostanza però, in quanto prospettano la questione principale della causa, quella cioè di sapere se nella specie il prenditore della cambiale in bianco abbia potuto renderla domiciliata anche per gli effetti esecutivi, colpiscono nel vero e sono accoglibili.

E per verità, se è vero in diritto che per l'art. 19 cod. civ. la elezione del domicilio deve risultare da prova scritta, per tutte le condizioni essenziali previste dall'art. 251 cod. comm., dovrebbe egualmente farsi per quelle condizioni accessorie e secondarie che fossero state concordate per facilitarne la esecuzione colla volontaria e preventiva eliminazione delle difficoltà nascenti dall'obbligo di ricercare il debitore nel suo domicilio reale; se è vero ancora in fatto che, o questo domicilio eletto fu tra le parti concordato e deve essere eseguito, o non fu concordato e venne ntrodotto sulla cambiale unicamente ad arbitrio del prenditore, insciente e ignorante l'emittente debitore, e così con evidente abuso di foglio in bianco, e in questo caso spetterebbe sempre al debitore ingannato il rimedio dell'azione penale, concessogli dall'articolo 418 cod. pen., per ottenere rispettato il proprio diritto; tuttavia queste argomentazioni cui sarebbesi uniformata la sentenza impugnata non furono mai accolte dalla giurisprudenza, certo perchè non sempre consentanee con altre disposizioni della procedura invocate *ex adverso*, che egualmente devono essere rispettate come inconciliabili cogli stessi usi e bisogni commerciali, che ispirarono l'ammissione della cambiale in bianco.

Nessun articolo del codice di commercio infatti parla della cambiale in bianco, che è cosa diversa sostanzialmente dalla cambiale considerata nel rapporto del suo rilascio. E si capisce che dopo un così rigoroso concepimento, quello della cambiale come titolo formale inchiudente materialmente l'enunciazione di ciascuno dei requisiti essenziali indicati nell'art. 251 codice di commercio sotto pena di nullità, non potesse il legislatore d'un tratto abbandonare qualsiasi rigore e disciplinare una forma di cambiale a tipo quasi opposto, cioè tutta in bianco, con semplice firma sopra carta da bollo regolare, e così avente a base fondamentale il semplice accordo tra contraenti diretti, cioè tra emittente e prenditore, tra accettante, traente e trattario, e in certi limiti anche tra terzi in figura di avallanti, accordo anche verbale semplicemente, ovvero risultante da lettera o altro, ma sempre estrinseco al titolo formatosi dalla fiducia dei contraenti emergente *aliunde*, pur che sia completato a norma delle disposizioni di legge quando se ne faccia uso mettendo la cambiale in commercio.

Ciò che il codice di commercio non ha fatto lo ha fatto però la consuetudine commerciale, giacchè, se le firme in bianco di cambiali sono state ammesse con effetto legale in commercio come equivalenti al mandato al prenditore di usarne secondo gli accordi seguiti, ciò avvenne unicamente perchè fu imposto dalla necessità degli usi e bisogni, usi e bisogni che per la loro manifesta importanza vennero tutelati dall'art. 418 cod. pen. che punisce appunto gli abusi di foglio in bianco.

Questa punizione degli abusi di foglio in

Cod. comm. considerarsi come commerciale anche il mandato relativo. Ma il mandato commerciale non è più di quello civile necessario che sia scritto.

Infatti l'istitore, soltanto in forza di tale sua qualità, ossia in virtù di un mandato che non occorre sia scritto, può compiere tutti gli atti relativi al commercio del preponente (art. 370 Cod. comm.), e quindi anche quelli per cui la legge richiede l'atto scritto (SRAFFA, *Del mandato commerciale, nel Codice di comm.* di Verona, vol. IV, p. 34).

Da ciò deriverebbe la conseguenza che per eleggere domicilio in una cambiale non è necessario un mandato scritto, e può quindi l'incarico relativo provarsi con tutti i mezzi concessi dalla legge.

Ma noi crediamo che la teorica del mandato sia erronea. Secondo il nostro modo di vedere, la consegna di una cambiale in bianco non conferisce un *mandato*, ma bensì un *diritto* a riempirla, e le controversie che indi possono sorgere non si aggirano sulla estensione del *mandato*, ma sulla estensione del *diritto*, il quale non può eccedere i limiti che furono contrattualmente stabiliti per accordo delle parti, o gli sono naturalmente assegnati dalla necessità di dare alla cambiale, prima di metterla in circolazione, la forma voluta dalla legge; ogni altra aggiunta o variazione che non fosse stata espressamente pattuita sarebbe arbitraria e si potrebbe contro di essa insorgere coll'*exceptio doli*. E siccome il patto relativo all'elezione di domicilio deve essere scritto, così sarebbe nulla l'elezione di domicilio in una cambiale consegnata in bianco, qualora non fosse stata apposta in virtù di un patto scritto. Questa pare a noi che avrebbe dovuto essere la soluzione della controversia presentata nella sentenza che annotiamo.

bianco a tutela della buona fede precisamente fu fatta per impedire quell'eccesso che fu rilevato viziare la esposizione dei due mezzi preindicati, lasciandone però intatta la sostanza, nel senso cioè che la cambiale in bianco non è già consegnata all'arbitrio del prenditore, ma sì bene perchè questo se ne valga eseguendo scrupolosamente gli accordi prestabiliti, senza incorrere in qualsiasi arbitrio ed abuso che sarebbe represso dal codice penale.

Ora, come già si disse, se questi accordi si trovan talora provati da lettere o da altri documenti, altre volte e per lo più sono accordi puramente verbali commessi lealmente alla fiducia e buona fede del creditore, senz'ombra di prova scritta; e questo sarebbe appunto il caso della causa, ciò avendo per presupposto di fatto sovranamente stabilito i giudici di merito, sia imputando ai debitori di aver rimesso interamente all'arbitrio del prenditore l'elezione del domicilio, sia affermando che colla consegna della cambiale in bianco avevano investito il prenditore di tutti i diritti inerenti.

E così stando le cose, e passando dalle considerazioni generali astratte alle speciali e concrete, se nella cambiale vedesi eletto il domicilio anhe per gli atti esecutivi in Ascoli Piceno, presso il notaro Balestra, siccome non può mettersi in dubbio che la cambiale fu rilasciata in bianco, ne viene per conseguenza che la elezione di domicilio che vi si legge vi fu apposta dal prenditore creditore, e non dai sottoscritti debitori: nè esistendo prova scritta del consenso prestato dai debitori non esisteva contro di essi legale elezione di domicilio giusta l'articolo citato 19 codice civile, e gli atti notificati a simile domicilio dovevano essere dichiarati nulli, e non essere ritenuti validi e produttivi degli effetti giuridici loro inerenti, siccome fu fatto dai giudici del merito, senza che il ricorrente fosse forzato a reagire in via penale per salvaguardare il suo diritto.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

20 luglio 1907, n. 785

Spaziani *Pres.* — Carcani *Est.*

Sodalizio dei Fornari italiani di Roma (avv. *F M. Santucci*) contro Huomini dell'arte dei fornari et panattieri di Roma (avv. *C. Pastori* e *G. Patrizi*).

Trattandosi di controversia sul diritto, che una determinata classe di persone pretende avere, di esser considerati membri di una Società a termine delle tavole di fondazione, degli Statuti, decreti ecc., il magistrato, assodato il fumus boni juris *da parte degli attori, bene ordina alla Società la esibizione di quelle carte e scritture che egli reputa necessarie.* (1).

La Corte ecc. — Osserva, sulla prima eccezione pregiudiziale d'incompetenza dell'autorità giudiziaria, che la risoluzione di tale questione dipende dall'indole dell'azione, in quanto si reclami il riconoscimento di un diritto o di un interesse. La domanda è stata proposta sotto forma di lesione di un diritto e sotto questo aspetto l'autorità giudiziaria e competente, finchè limita la sua indagine alla esistenza del diritto che si pretende leso, di maniera che la competenza verrebbe a cessare quando dall'esame del merito risultasse trattarsi di un semplice interesse, per cui la risoluzione di tale questione dipende dall'esame del merito dell'azione.

Lo stesso deve dirsi per le altre eccezioni di carenza d'azione, di cosa giudicata e di prescrizione, imperocchè è necessario l'apprezzamento dei fatti risultanti dall'analisi degli atti e documenti prodotti per dedurne se e quale azione possa derivarne in favore degli istanti operai, se vi sia stata accettazione di uno stato di fatto che tolga loro il diritto di agire, se ed in qual senso sia loro opponibile la cosa giudicata del 1713, e se il reclamato diritto ove sussistesse possa ritenersi prescritto sia nel periodo che seguì la cosa

(1) Riportiamo questa sentenza per la importanza che ha in Roma la controversia fra padroni e garzoni fornai.

La causa diede occasione di scrivere al collega avv. Carlo Pastore una memoria pregevolissima, che getta luce sulle condizioni delle corporazioni del medioevo sino al secolo passato.

Notizie sull'Ospedale dei Fornari possono trovarsi in MORICHINI, *Degli Istituti di carità in Roma*, pag. 233. (Roma. 1870).

giudicata, sia nei periodi posteriori od anche nell'ultimo periodo anteriore ai nuovi Statuti del 1878 e 1888.

L'origine di questa istituzione si perde nel buio dei secoli, poichè, quantunque si rinvenga traccia della Università dei Fornari nei frammenti del diritto Giustinianeo, come uno dei vari Collegi e Corporazioni, la cui esistenza giuridica venne riconosciuta per senatusconsulti e Costituzioni imperiali (*Legge 1 e 3 ff. de Colleg. et Corpor. - Leg. unic. Cod. de Pistoribus — Leg. 1 ff. quod cuiuscumque universit. nomin. — Leg. 1 e 2 de praed. Urb. Costantin. — Leg. 41 e 44 de excusat. tutor.*), pur la grande mole di documenti prodotti da ambedue le parti in questo giudizio non va al di là del XV secolo. Difatti i documenti più antichi sono due statuti: l'uno della *Compagnia dei Garzoni dei Panattieri Italiani di Roma* intitolata della Natività della Vergine Maria nel mese di settembre, compilato nel 1487 ed approvato li 20 maggio 1507, avente sede nella Chiesa dei frati di S. Agostino; l'altro del 9 luglio 1491, intitolato *Principio del modo e regola che debbono tenere i Garzoni dei Fornai Italiani nella Venerabile Compagnia di S. Maria di Loreto*. Da tutto ciò si arguisce la preesistenza di una Compagnia di Fornai dello stesso titolo: ma da questo Statuto non risulta quali relazioni potessero esservi.

Risulta infatti che con Breve di Giulio II 20 febbraio 1507 diretto *spectabilibus viris Universitatis confratribus Confraternitatis laicorum pistorum italianorum de Urbe* fu autorizzata l'apertura al culto della nuova chiesa edificata *sub invocatione S. Mariae de Laureto in Urbe constructae et aedificatae in quodam solo prope Macellum Corvorum regionis Montium de Urbe per vos de pecuniis vestris empto*. Ivi parlasi anche dell'Ospedale per la cura degli infermi il cui esercizio venne poi autorizzato con Bolla di Papa Pio IV 15 agosto 1564 in un locale adiacente alla Chiesa posteriormente acquistato dalla Confraternita. Ma si ignora quale fosse lo Statuto che allora governasse questa Confraternita onde dedurne quale relazione potesse avere con i precedenti Statuti dei Garzoni di cui sopra, giacchè quelli prodotti dal Sodalizio hanno data molto posteriore. Certo è che qualche rapporto fin d'allora vi era, altrimenti non si saprebbe spiegare la esistenza delle dette regole da tenersi dai Garzoni nella Chiesa della Confraternita, le quali furono approvate successivamente in adunanza 8 settembre 1554 della Confraternita stessa *congregatis et coadunatis officialibus, totaque societate sine eius maiori parte famulorum furnariorum Urbis etc.*

E che lo Statuto della Compagnia prodotto dal Sodalizio, privo di date, intitolato *Statuti della Venerabile Compagnia di S. Maria di Loreto dei Fornari italiani di Roma*, sia di epoca posteriore cioè dell'intervallo dal 1564 al 1570 si rileva dagli articoli 38 e 39 nei quali si parla dell'acquisto da farsi dell'Ospedale (e che fu fatto nel 1570) e della concessione avutane nel 1564. Questo Statuto di una Compagnia già preesistente non indica in modo alcuno quali erano le persone che avevano diritto di farne parte, ma stabilisce il modo di costituzione dell'ente, cominciando dalla nomina delle cariche, ossia degli Officiali da eleggersi, cioè Guardiani, Camerlengo, Segretario, Consiglieri etc., i rispettivi uffici, i contributi da pagarsi, il modo di ricevere e curare gl'infermi nello Ospedale, la tutela dei figli degli uomini della Compagnia, la assistenza alle funzioni di Chiesa, e finalmente nell'articolo 47 si stabiliva che, essendo questa Compagnia capo delle altre dello stesso titolo e delle Università dipendenti dalla Università dei Fornai Italiani e fondatori della stessa compagnia (tra le quali quella dei Garzoni Fornari), dovessero tutte queste Compagnie e Università dipendenti essere tributarie pel mantenimento dell'Ospedale e della Chiesa indicando per ciascuna il modo e il giorno in cui dovevano portare le loro offerte. Disponeva pure che queste Compagnie non potessero riunirsi in altro luogo che nella Chiesa e sotto la dipendenza della Compagnia per eleggere i loro Officiali e dovessero in concorso coi Guardiani della Compagnia stessa raccogliere le elemosine versate dal depositario della Compagnia etc., disponendo pure che se i Garzoni o i loro Officiali contravvenissero a quanto era stabilito *tutto sia nullo et incorrino nella pena di dieci scudi per ciascheduna di dette contravventioni et altre pene più gravi, carceratione, privatione di loro uffici, et dell'esercitio secondo le qualità della contravventione et quello che parerà alli Guardiani et Congregatione segreta et generale della nostra Compagnia* etc.

Da ciò deriva il concetto di una Congregazione madre con altre Compagnie figliali tendenti ad uno scopo comune, ma con rapporti

di dipendenza dalla principale. In seno alla Compagnia si mantenne l'*Università et Arte dei Fornari et Panattieri di quest'alma città di Roma* composta effettivamente di panettieri esercenti i loro forni, che era una continuazione di quelle antiche Università di arti e mestieri create allo scopo di tutelare gli interessi economici dell'arte con i relativi privilegi di casta nei rapporti tra loro e nei rapporti con il pubblico. Manca in atti il primitivo Statuto, essendosi prodotto soltanto quello del 29 giugno 1552 il quale non indica chi erano chiamati a far parte dell'Università, ma si rileva che lo scopo continuava ad essere quello del regime economico dell'associazione degli esercenti l'arte dei panettieri, regolando tutto ciò che concerne i rapporti di dipendenza tra i padroni esercenti ed i loro operai, apprendisti e garzoni, l'esercizio dei forni verso il pubblico, circa la vendita del pane, il giusto peso etc. Regolava anche i rapporti contrattuali fra gli esercenti ed i loro dipendenti, fra essi e i fornitori, misuratori e portatori di grano, farine etc., ed anche quelli per la vendita al pubblico mediante l'esercizio di una giurisdizione privilegiata attribuita ai Consoli scelti nella stessa Università che amministravano la giustizia nelle cause civili relative all'esercizio della loro arte ed industria in apposito locale espressamente concesso dal Municipio di Roma con atto 4 dicembre 1551. Altri maggiori privilegi furono accordati con Breve di Papa Urbano VIII 20 dicembre 1634 a questa Università che evidentemente aveva finalità ben diversa e distinta da quella della Compagnia e regolata con Statuti diversi da persone diverse rivestite di cariche di altre specie e attribuzioni diverse da quelle degli Officiali della Compagnia. La esistenza della Compagnia dei Garzoni Fornari, dipendente dalla detta Compagnia principale in specie per quanto riguarda la cura dei Garzoni nell'Ospedale e il pagamento del relativo tributo, risulta da una continua serie di deliberazioni prese dalla Compagnia stessa che imponeva una contribuzione personale ai Garzoni ed ai padroni da cui essi dipendevano per essere ricevuti in caso di malattia nell'Ospedale, come risulta anche dalle ingiunzioni fatte per ordine del Cardinale Cibo protettore della Chiesa ed Ospedale di S. Maria di Loreto dei fornari, intimate più volte nel corso degli anni 1682 al 1691, pel pagamento di un giulio al mese. Di maniera che con queste contribuzioni obbligatorie diveniva obbligatorio anche il ricevimento dei Garzoni all'Ospedale, e perciò un diritto acquisito della loro classe che non poteva sottrarsi al pagamento, essendo obbligati i padroni a ritenere il detto giulio mensile sulle loro mercedi. Di maniera che nella visita fatta dal Cardinale Acciaiuoli li 27 maggio 1694 questi ebbe a riferire: « *Quest'Ospedale si tiene per servizio dei Garzoni dei Fornari e misuratori di grano, infermi* », etc.

Da questa contribuzione obbligatoria sorse il dissenso tra i Fornai e i Garzoni i quali in un'adunanza dell'agosto 1711 chiesero di vedere gli Statuti che il Guardiano Angelucci della Compagnia presentò, ma, nata questione sull'identità e sulla lettura dei medesimi, la adunanza fu sciolta, ed i Garzoni fecero ricorso alla via giudiziaria, domandando contro la Società dei Fornari Padroni di essere mantenuti nel possesso di tenere le Congregazioni nel solito luogo vicino all'Ospedale, di indossare il sacco bianco, di intervenire alle funzioni ecclesiastiche nella Chiesa suddetta, di avere il diritto di conferire una dote ogni anno, di concorrere coi Padroni ad amministrare, reggere e governare tanto la Società, quanto la Chiesa e l'Ospedale e di intervenire alla imbussolazione e distribuzione delle doti, di imbussolare le loro figlie, di essere inscritti tra i confratelli della Società e di concorrere alle cariche della Congregazione. La questione fu risoluta con sentenza emessa da Monsignor Ricci Uditore del Vicario li 29 settembre 1712 la quale mantenne i Garzoni nel possesso di tenere a loro piacere le Congregazioni nel locale delle riunioni dei Fornari Padroni, previa licenza di uno dei Guardiani della Compagnia, di indossare il sacco bianco e di intervenire alle funzioni ecclesiastiche sotto condizione che essi costituissero il loro corpo Universitario con i rispettivi Ufficiali, cioè il Signore, il Capitano e l'Alfiere, e riconoscessero la loro dipendenza dalla Società dei Fornari Padroni e facessero le loro oblazioni annue, respingendo tutte le altre pretese dei medesimi.

La causa fu portata in appello avanti la Congregazione della Sacra Visita allora competente per le cause delle corporazioni religiose e delle Confraternite e propostivi i dubbi secondo la procedura di quei tempi:

1. *An in gradu appellationis de qua etc. constet de pretensa fundatione Societatis B. Ma-*

riae Lauretl facta a famulis laborantibus pistorum Urbis.

2. *An eisdem famulis competent pretensa jura eis denegata in sententia R. P. D. Ricci.*

3. *An et quomodo eisdem famulis competet manutentio de qua in Decreto et sententia R. P. D. Ricci.*

La Congregazione rispose: *Ad primum negative; ad secundum negative et ad mentem. Mens est ut concedantur ex equitate puellis famulorum tria ex annuis subsidiis dotalibus distribuendosi per Societatem pistorum dominorum. Ad tertium affermative ad formam Decreti et sententiae Tribunalis Eminentissimi Vicarii et amplius.*

In quel giudizio si discusse sulla esistenza ed efficacia degli Statuti dei Garzoni del 1478 e 1491, ma non si conosce quale fosse l'apprezzamento fattone da quei giudici, giacchè, non essendo stata fatta la redazione motivata della sentenza per economia di spese, come rilevasi dalla deliberazione della Compagnia 14 maggio e 2 luglio 1705, non rimane che il solo dispositivo che, come si è visto, in parte ammise e in parte respinse le pretese dei Garzoni.

Frattanto, accentuandosi sulla fine del secolo XVIII la separazione tra capitale e lavoro, e riconoscendosi dal Pontefice Pio VII il danno che le Università di arti e mestieri e specialmente i venditori di commestibili riuniti in corpo portavano al libero Commercio, volle togliere di mezzo questo ostacolo, e con Motu proprio 3 settembre 1800, regolando con nuove norme il regime annonario, dichiarò per tutti gli effetti sciolta e distrutta l'antica Università dei Fornari proibendo a tutti e singoli Ufficiali dell'Università di poter fare alcun atto riguardante le antiche funzioni, e di riscuotere alcuna tassa od emolumento ed anche semplicemente di adunarsi. Solo permetteva di unirsi nella loro Chiesa per gli oggetti comuni alle altre Confraternite della Città e la Amministrazione e Direzione dell'Ospedale annesso alla Chiesa stessa, ma senza che anche per questi due pii e religiosi oggetti potessero sottoporre ad alcuna tassa o pagamento di qualunque somma i particolari individui fornari, dai quali la Chiesa e l'Ospedale non potessero ricevere che le solite volontarie oblazioni. Scomparve dunque la Università e rimase la Compagnia con il suo Statuto e con l'aggregazione delle dipendenti compagnie a termine del detto articolo 47 e disposizioni speciali successivamente emanate circa l'ammissione all'Ospedale.

Ciò portò una importante innovazione nella Compagnia, la quale, nella Congregazione tenuta li 17 settembre 1805, stabilì nuove norme per l'ammissione dei soci sentendo il bisogno di riempire, come ivi si disse, il numero degli ascritti alla Compagnia, che dopo le passate vicende e per l'abolizione della Università era molto diminuito.

Invitava quindi a farne parte *i proprietari Italiani non esercenti* i loro forni con aggregarsi alla Compagnia per intervenire alle funzioni della Chiesa e godere le indulgenze: *i Fornai Italiani esercenti*, ossia proprietari, col diritto non solo di intervenire alle funzioni ecclesiastiche, ma ancora alle Congregazioni economiche e godere di tutti quei privilegi che godevano in addietro gli intestati patentati dei forni a condizione però che cessando di esercitare i forni potessero rimanere fratelli, ma godendo soltanto del diritto di intervenire alle funzioni e non più di quello di intervenire alle Congregazioni economiche che rimaneva riservato ai soli esercenti. Designate così le persone che avevano diritto di far parte della Compagnia come soci o come aggregati, nulla si diceva circa gli operai o Garzoni, la cui Compagnia era già aggregata alla Confraternita, ma si regolava il loro diritto di ammissione all'Ospedale formulando un foglio di obbligazione per la percezione dell'emolumento mensile, il cui obbligo era stato abrogato con il Motu proprio di Pio VII, e che si faceva rivivere mediante obbligazione da assumersi dai Padroni pei giovani addetti al loro servizio, salvo il diritto ai medesimi di obbligarsi personalmente in caso di rifiuto dei padroni. Si faceva poi la comminatoria che non sarebbero ricevuti nell'Ospedale coloro che non ne avessero acquistato il diritto col pagamento della contribuzione mensile. E la polizza di associazione emessa in conformità di detta deliberazione dichiarava aggregati all'Ospedale i lavoranti che si assoggettassero al pagamento mensile di baiocchi dieci. Altra pagella di associazione volontaria fu emessa dalla Congregazione per coloro che volessero entrare come soci aggregati alla Compagnia mediante obbligo del pagamento del contributo mensile.

Però il progredire dei tempi indusse il Pontefice Pio IX a ricostituire con Motu proprio il 14 maggio 1852 le Università delle arti e

mestieri sciolte dal predecessore Pio VII, ma con diversità di intenti.

Imperocchè piuttosto che rievocare odiosi privilegi di casta volle l'affratellamento tra capitale e lavoro, tra commercianti ed artisti, tra i Garzoni e i Maestri e Capi d'arte, autorizzando qualsiasi ramo di commercio o classe di arte a costituirsi in collegio col diritto dei rispettivi commercianti ed artisti di ascriversi in qualunque tempo e senza limite di numero, purchè rimanesse inalterabile l'unità d'interesse e della classe. Così pure riconoscendo di somma utilità che i Garzoni ed apprendisti di un'Arte fossero riuniti ed associati ai Maestri e Capi d'arte riconobbe in quelli il diritto di essere ammessi nella Università dei rispettivi Maestri e Capi con quelle regole e gradazioni che sarebbero state determinate dagli Statuti, restando loro inibito di costituire una propria e distinta Università. Dettava quindi le norme per la costituzione dei nuovi Statuti ed istituiva un'apposita Congregazione per la suprema tutela di tutte le Università.

Per effetto di questa Legge, se non era il caso di ricostituire l'antica Università dei Fornari, sorgeva il diritto dei Garzoni Fornari di associarsi definitivamente alla Compagnia dei Fornari e Panattieri cui erano già aggregati, restando per volontà sovrana abrogata la distinzione tra padroni e fornai sia che si considerino (come divennero in questi ultimi tempi) commercianti, sia come maestri e capi d'arte. E quantunque non risulti che siasi formata una nuova associazione con nuovo Statuto e sembra che sia rimasta in vigore l'antica Confraternita e Compagnia dei Fornari Italiani, pure risulta che qualche cosa siasi fatto dalla Compagnia stessa in pro degli operai e garzoni fornari.

Si rileva infatti dalle memorie prodotte dal Sodalizio che nella adunanza del 27 settembre 1861 sul desiderio mostrato dai Garzoni di unirsi alla Compagnia (come ne dava loro diritto il Motu proprio di Pio X) si creò una Commissione per esaminare gli Statuti: che nell'adunanza del 7 novembre 1864 fu ammessa in genere la domanda di unirsi alla medesima e si ordinò la compilazione di un regolamento il cui progetto fu approvato nella Congregazione del decembre 1864 sotto le forme di Società di mutuo soccorso e fu dato incarico al Cardinale protettore di farne rapporto al Cardinale Vicario (e per ciò a quanto sembra in osservanza delle disposizioni date col detto Motu proprio del 1852). Risulterebbe pure che l'affare fu successivamente trattato nelle Congregazioni del 6 febbraio, 6 marzo, 7 aprile e 8 maggio 1865 in cui si sarebbe consegnato il rapporto relativo alla Società dei Garzoni col rescritto relativo formalmente esibito, ma che ai 9 giugno 1865 non era stato ancora accettato dai Garzoni fornari. Si produsse ancora dal Sodalizio un certificato rilasciato dal suo Segretario, il quale farebbe prova dell'esistenza di due nuovi Statuti o regolamenti, l'uno fatto nell'adunanza del 5 marzo 1863, l'altro che si dice approvato dal Sommo Pontefice li 7 marzo 1865, dei quali però non si produce che una minima parte. Inoltre da un certificato rilasciato il 6 giugno 1906 dal presidente delle società di mutuo soccorso operai panettieri (che non si sa se sia quella stessa in seno alla Compagnia) risulta che a quella sono iscritti parte dal 1865 e parte dal 1878 tutti gli operai che si resero attori nel presente giudizio.

Finalmente risulta da altro certificato prodotto dal Pio Sodalizio in data 18 marzo 1907 che dal 1860 al 1874 nelle riunioni delle Congregazioni per le elezioni delle Cariche presero parte di fatto alla votazione gli operai ascritti all'Ospedale i quali, prescindendo da quanto possa essersi disposto con le ultime deliberazioni e Statuti or ora accennati, formarono, secondo gli antichi Statuti, associazioni dipendenti dalla Compagnia e per le disposizioni posteriori al 1800 erano stati aggregati della Congregazione stessa con diritto all'ammissione all'Ospedale, previo il pagamento del contributo mensile. Ed a conferma di questo stato di fatto sta la Congregazione del 21 maggio 1874 in cui presero parte per le elezioni delle cariche come soci effettivi padroni ed operai, come all'elenco della iscrizione dei soci prodotto in atti, dal quale risultano iscritti 65 proprietarii e 393 operai. Questo stato di fatto fece sì che la Regia Prefettura con il lungo carteggio avuto con il Sodalizio e che è stato prodotto in atti ritenesse il diritto anche degli operai di far parte del Sodalizio.

Ora dall'analisi fatta di tutti questi atti e documenti la Corte ha potuto formarsi la convinzione che secondo gli antichi Statuti la Università soppressa dal Motu proprio Pio VII era composta esclusivamente da proprietari esercenti patentati di forno e che questa non fosse stata più ricostituita, nonostante il Motu proprio di Pio IX del 1852; che rimase la Com-

pagnia la quale, sebbene formata dai proprietari esercenti o affittuari dei forni, tuttavia aveva accolto nel suo seno anche i Garzoni come una Associazione separata, ma dipendente, tributaria della Compagnia ed alla quale, se fu negato dalla Congregazione della Sacra Visita la qualità di soci fondatori ed il diritto di partecipare alla amministrazione della Compagnia, fu però riconosciuto il diritto di adunarsi, di prender parte alle funzioni ecclesiastiche e di parteoipare in misura quantunque limitata ai vantaggi dell'Associazione: ed in questo senso deve ritenersi avvenuta la cosa giudicata, per cui i Garzoni furono in seguito ritenuti non già effettivi, ma aggregati alla Compagnia specialmente per partecipare al beneficio dell'Ospedale in correspettivo del quale essi ed i loro Padroni erano tenuti a pagare il contributo mensile.

Nè è ammissibile la distinzione, fatta dalla difesa degli appellati, che i Garzoni che furono parte in causa in quella lite fossero soltanto coloro che prestavano servigi materiali, come i portatori di pane, i bancaroli, ossia i preposti alla vendita etc., non già gli impastatori e infornatori, cioè i maestri dell'arte, giacchè, riportandosi ai costumi di quei tempi, quando il capitale e il lavoro non erano come oggi distinti, i *pistores et furnari* che istituirono la Compagnia erano gli esercenti patentati, cioè quelli che manipolavano, cuocevano e vendevano il pane per conto proprio, quantunque fossero coadiuvati in tutto o in parte da operai pure panattieri, ma non esercenti per conto proprio i quali erano chiamati famigli e garzoni.

Questa è l'interpretazione da darsi agli Statuti tanto dell'Università che della Compagnia, le quali sebbene distinte nelle funzioni loro, come già si è osservato, erano costituite dagli stessi individui proprietari esercenti, essendo dall'Università degli esercenti derivata la Compagnia. Ciò si desume dalla lettera e dallo spirito di tutte le disposizioni Statutarie esaminate tanto nel dettaglio che nel loro complesso.

Laonde considerate le cose nello stato in cui erano all'epoca della abolizione dell'Università i garzoni fornari non avevano altri diritti che quelli garantiti dalla cosa giudicata del 1713, cioè di essere mantenuti come corporazione dipendente dalla Compagnia e come tributaria di questa pel godimento dell'uso dell'Ospedale.

Questo loro diritto venne, per quanto riguarda l'Ospedale, alquanto consolidato con le deliberazioni del 1805 e seguenti, in quanto vennero aggregati alla Compagnia mediante un corrispettivo, ma non acquistarono alcun diritto ad intervenire alle Congregazioni economiche. Essi possono aver acquistato un diritto unicamente in forza del Motu proprio di Pio IX, in quanto siano state poste ad esecuzione le disposizioni in esso contenute, avendo questo Motu proprio aperto un'èra novella per l'ingresso dei garzoni ed operai nelle Società dei padroni maestri e capi della medesima arte. Nè vi può essere dubbio che, se queste nuove disposizioni abbiano avuto esecuzione, sarebbero rimasti distrutti anche gli effetti della cosa giudicata, e da soci aggregati possono avere acquisito il diritto che possono esercitare *uti singuli*, posto che sia effettivamente avvenuta la fusione di padroni maestri ed operai. Nel qual caso tutto ciò che abbiano potuto fare i soli padroni dopo il 1874 e perciò anche la compilazione dei nuovi Statuti dovrebbero considerarsi rispetto agli operai come *res inter alios acta* ed avrebbero essi azione per fare riconoscere giudizialmente un diritto da cui sarebbero stati spogliati per opera del Sodalizio.

Però allo stato delle prove la Corte non crede di avere elementi sufficienti per risolvere definitivamente la controversia. Certamente lo stato di fatto risultante dalla partecipazione degli operai in numero non indifferente nell'adunanza del 21 maggio 1874, il fatto che essi parteciparono alle adunanze anche negli anni anteriori dal 1860 in poi, il nuovo Statuto o regolamento di mutuo soccorso che sarebbe stato compilato nel 1865 dimostrano che qualche innovazione sia realmente avvenuta in seno alla Compagnia nei rapporti cogli operai o garzoni nel senso inteso dal Motu proprio del 1852, ma questi fatti devono essere conosciuti in tutte le loro circostanze per poterne fare i giusti apprezzamenti sullo stato giuridico di quest'ente e sui diritti che possono avervi i reclamanti operai, salvo poi a distinguere se e sino a qual punto possa intervenire il potere dell'autorità giudiziaria e quali possano essere eventualmente le attribuzioni riservate all'autorità amministrativa.

Per la qual cosa questa Corte, prima di provvedere sulle questioni tanto pregiudiziali che di merito, ritiene necessaria la produzione degli elenchi dei padroni ed operai che posteriormente al 1852 e più specialmente dal 1860

al 1874 risultano iscritti nell'albo della Compagnia e di quelli che intervennero alle elezioni delle cariche: e tale prova deve risultare dalla produzione dei relativi verbali. Inoltre si ritiene necessaria la produzione delle deliberazioni riguardanti la compilazione degli Statuti o regolamenti di mutuo soccorso e la copia integrale dei medesimi con le relative approvazioni che ne avrebbe fatto il Sommo Pontefice, nonchè di quei documenti ulteriori che servano a comprovare se e quale effetto abbiano avuto gli Statuti stessi anche in relazione all'intervento degli operai nelle adunanze dal 1860 al 1874, documenti che il Sodalizio ha già invocato a propria difesa, producendone estratti e memorie, e di cui deve considerarsi come depositario nell'interesse della Compagnia, e di tutti coloro che possono avervi diritto, e che non possono chiedersi agli appellati, i quali non ne hanno il possesso.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI APPELLO DI ROMA

24 agosto 1907 n. 865.

Spaziani *Pres.* — Gatti *Est.*

Esattore comunale di Monte San Giovanni Campano (avv. *F. Rutili* e *T. Martucci*) contro Protani (avv. *C. Palotta*).

Non possono i messi esattoriali, come nol possono gli uscieri, fare atti del loro ministero, che riguardino sè stessi, la loro moglie, i loro parenti, o affini, sino al quarto grado inclusivamente, sotto pena di nullità (1).

La Corte, ecc. — Il Tribunale di Frosinone ha bene giudicato, ritenendo che trova applicazione al messo dell'Esattore la disposizione dell'art. 41 della Legge comune del rito, per la quale gli uscieri giudiziari non possono, sotto pena di nullità, fare atti che riguardino sè stessi, la loro moglie e i loro congiunti fino al quarto grado. Tre ragioni d'importanza decisiva giustificano la normale applicazione più che la estensione di quella disposizione della legge di procedura agli atti fiscali.

A) Tanto la legge e il regolamento sulla riscossione delle imposte dirette, quanto il Regio Decreto 9 novembre 1902, che fissa le norme per l'abilitazione alle funzioni di messo esattoriale, tacciono dei casi in cui l'atto del messo è incompatibile col grado di parentela, con la persona cui l'atto giova o con la persona cui pregiudica. Ricorre, quindi, in questi casi il principio incontroverso di diritto che la legge speciale (e tale è indubbiamente quella sulla riscossione delle imposte) attinge dalla legge comune le proprie norme giuridiche per la materia che non ha contemplata. Se è vero che il diritto singolare ha di contro il diritto comune ed è con esso nel rapporto di eccezione alla regola nella esplicazione diretta delle proprie norme giuridiche, non è men vero che si muove accanto al diritto comune, e di esso vive, fuori dei limiti del proprio dettato, sia per non aver avuto la pretesa di assolvere col dettato legislativo tutta la sfera della propria azione, sia perchè ove manca la norma di eccezione si rientra nella regola generale.

B) Gli atti esecutivi del messo esattoriale differiscono da quelli dell'usciere giudiziario per alcune modalità estrinseche e secondarie di forma, di termini e di costo, dove che hanno con essi identici i presupposti giuridici, identico lo scopo e identico l'oggetto, e possono essere dall'Esattore persino affidati all'usciere giudiziario, purchè il contribuente non ne venga aggravato. Sarebbe, quindi, assolutamente irrazionale vietare all'Esattore di avvalersi, per questo o quel singolo atto, dello usciere giudiziario al quale è unito dal quarto grado di parentela o di affinità, e permettergli di tenere alla sua dipendenza, nella qualità di messo per tutti gli atti, il proprio padre, o il proprio figliuolo, il suocero, o il genero.

C) Il carattere di serena obbiettività, che deve rinvenirsi costantemente negli atti dell'ufficiale pubblico, e, in particolar modo, nell'atto per il quale l'usciere toglie al debitore

(1) Sui giornali quotidiani si è scritto che la massima, stabilita con questa sentenza, non ha precedenti. Noi osserviamo, però, che evvi sull'argomento, ed in senso conforme, una *Risoluzione* 26 aprile 1894 (n. 11508) del Ministero delle Finanze, in *Imposte dirette*, 1898, pag. 337. Pur conformemente ebbe ad esprimersi la dottrina per bocca dell'esimio SERA (*Commentario*, ed. 1903, Frascati, paragrafo 495, pag. 273).

La sentenza, ora confermata, del Trib. civ. di Frosinone è rimasta inedita, se le nostre ricerche sono state esatte.

la disposizione delle cose sue per la soddisfazione del creditore, apparirà alla coscienza del contribuente compromesso se l'interesse dello esattore venga immedesimato dai vincoli del sangue nell'interesse del messo, se, di fatto, l'interesse dell'uno sia l'interesse dell'altro, se l'atto del volere e l'atto dell'eseguire, di cui lo sdoppiamento trova sanzione nella norma che si rinviene nell'art. 41 della legge comune del rito, rimangano fusi quando più odiosa e pericolosa ne è la fusione, nei casi, cioè, frequentissimi in cui conviene che l'Esattore gravi la mano sui piccoli contribuenti morosi, corrivi ai sospetti.

Non si dica che se la incompatibilità, che viene all'usciere giudiziario dal fatto di essere stretto congiunto della persona, da cui ebbe il mandato di compiere un atto del suo ministero ricorresse per il messo esattoriale, costui sarebbe colpito nella legittimità delle sue attribuzioni. Questo argomento è fuori della questione, sposta la questione senza risolverla. Il fatto che il messo esaurisce la sua sfera di attività nei riguardi dello esattore, da cui ripete la propria nomina, non solo fa permanere, ma rende anche più evidente la ragione della incompatibilità, la quale, del resto, così nel primo, come nel secondo caso, è dichiarata dall'autorità giudiziaria per l'annullamento dell'atto irregolare, denunciato dal contribuente.

Neanche si dica che, se è vero che la nomina del messo viene dall'esattore, è pur vero che essa deve essere approvata dalla Giunta comunale ed autorizzata dal Procuratore del re, e, quindi l'autorità giudiziaria, annullando gli atti del messo, per ragioni che si rapportano alla nomina di lui, si attribuisce una funzione che non ha, quella, cioè, di colpire un atto di cui la legittimità è stata riconosciuta o, per lo meno, ammessa di fatto dall'autorità governativa. E' facile, infatti, eliminare questa seconda obbiezione. I contribuenti, che hanno subito il pignoramento del 26 giugno 1906, hanno interesse a sentirlo annullare, e questo interesse è in loro perfetto, è un vero e proprio diritto, in quanto che rinviene la propria norma giuridica in una particolare disposizione legislativa (articolo 41 procedura civile), la quale è applicabile, per le ragioni esposte innanzi, alle esecuzioni fiscali. Nè l'autorità giudiziaria può sottrarsi al compito di riaffermare e di tutelare il loro diritto leso per il fatto che l'azione dell'autorità governativa, che si è spiegata in contraddizione di quel diritto, è la causa prima della lesione di esso. Perchè il provvedimento dell'autorità amministrativa rimane fuori il circuito della risoluzione giudiziale e il pignoramento viene annullato soltanto per gli effetti del risarcimento dei danni e del rimborso delle spese.

Per questi motivi, ecc.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

19 luglio 1907, n. 1666

Tempestini *Pres.* — Faggella *Est.*

Bisacchi (avv. *A. Orlandi*) contro Ferrovie dello Stato (avv. *N. De Luca* e *L. Matteucci*).

L'Amministrazione ferroviaria è obbligata a fornire i vagoni vuoti domandati, e per l'inadempimento di tale richiesta essa risponde dei danni, ogni volta che la fornitura poteva aver luogo coi mezzi ordinari di trasporto e non ostavano impedimenti straordinari o di forza maggiore (1).

La prova di tali impedimenti spetta all'Amministrazione ferroviaria (2).

Il Tribunale ecc. — Considera che l'attore, specificando nella comparsa conclusionale i fatti sui quali fonda la sua domanda di risarcimento, afferma che di 183 carri richiesti siano stati forniti dalla Ferrovia solo 167; che la fornitura, mentre si sarebbe dovuta effettuare in 46 giorni, si sia prolungata per 165 giorni; e che ben 16 carri di paglia non si siano potuti spedire, e la merce rimasta per parecchio tempo ammonticchiata in

(1) Questa decisione — a parte uno speciale divario — fa elegante riscontro alla sentenza 12 luglio 1907 delle Sezioni unite presso la Corte di cassazione di Roma, sentenza che riporteremo in un prossimo fascicolo.

L'argomento trovasi indagato e sviscerato sotto ogni rapporto nei suggestivi *Studi di dir. commerciale* (pag. 301-318 dell'ediz. fratelli Cammelli, 1907, Firenze) del valoroso prof. A. SRAFFA che ha fatto prevalere nell'aula del Supremo Collegio di Roma la tesi più conforme alla lettera della legge ed alla giustizia.

La tesi del prof. SRAFFA ha per sè anche l'autorità di A. BRUSCHETTINI (in *Rivista di dir.*

luoghi disadatti sia deperita per effetto della mancata spedizione. E deduce, a base giuridica della responsabilità della Ferrovia, in primo luogo il semplice fatto della inadempienza all'obbligo della fornitura dei vagoni vuoti, e, in secondo luogo e in linea subordinata, la colpa degli agenti ferroviari per tale inadempienza, colpa che domanda di provare.

L'Amministrazione delle Ferrovie non contesta che la richiesta sia stata dal Bisacchi regolarmente fatta a termini dell'art. 106 dell'allegato D, e ammette esplicitamente la mancata fornitura dei vagoni, che il Bisacchi stesso lamenta, ma sostiene soltanto che tale richiesta non induca nell'Amministrazione un obbligo giuridico, per modo che si rende perfino inutile la indagine sulla pretesa colpa de' suoi agenti e preposti.

Il Tribunale osserva primieramente che l'art. 95 delle tariffe ,invocato dal Bisacchi, non sposti notevolmente i termini della controversia sollevata dall'Amministrazione delle Ferrovie, poichè se, a tenore di quell'articolo, per la spedizione di certe merci, alla condizione dell'imballaggio è sostituita quella del caricamento a vagone completo, ciò non implica senz'altro la risoluzione della questione se la responsabilità delle Ferrovie sorga soltanto con la perfezione del contratto di trasporto o con la consegna delle merci, ovvero cominci con la richiesta dei vagoni vuoti accompagnata dal prescritto deposito.

Nella risoluzione della questione, così posta, il Tribunale non crede di doversi allontanare dalla più recente giurisprudenza, secondo la quale la richiesta dei vagoni vuoti per il trasporto, fatta nei modi dell'art. 106, obblighi l'Amministrazione ferroviaria a fornire i vagoni domandati e la renda responsabile dell'inadempimento ogni volta che la fornitura poteva aver luogo con i mezzi ordinari di trasporto e non ostavano impedimenti straordinarii o di forza maggiore. E poichè trattasi di una questione, già ampiamente svolta nella dottrina e nella giurisprudenza, crede il Collegio opportuno limitarsi a riassumere gli argomenti più importanti, che ritiene sufficienti a dar ragione della decisione sua.

Osserva, innanzi tutto, che l'art. 2 dell'allegato D alle convenzioni impone all'Amministrazione delle Ferrovie il dovere di eseguire i trasporti di persone e di cose, sempre che sia possibile provvedervi con i mezzi corrispondenti ai bisogni ordinariamente prevedibili e non ostino impedimenti straordinarii o di forza maggiore. E gli articoli 106 e 107 delle Tariffe danno facoltà agli speditori di chiedere i vagoni occorrenti per i trasporti, accompagnando la richiesta con il deposito di cinque lire per ogni vagone domandato, e dispongono altresì che l'Amministrazione procurerà di mettere a disposizione dei richiedenti i vagoni della qualità e portata da costoro indicata.

Ora non può dubitarsi che l'art. 2 contenga un principio generale dominante tutta la materia del trasporto, salve le restrizioni e le limitazioni espressamente stabilite. Esso infatti, nel sancire in genere l'obbligo del trasporto, lo subordina alla sola condizione della richiesta, e, nell'ampiezza della formulazione sua, comprende non solo la necessità di eseguire i contratti stipulati, ma anche quella di provvedere ai preliminari pratici indispensabili perchè al contratto si possa addivenire e possa aver luogo il trasporto. E con la parola della disposizione concordano la ragione e il fine di essa, in quanto, trattandosi di regolare un servizio pubblico, si è voluto stabilire la necessità della sua esecuzione, necessità che s'intende e sussiste indipendentemente e prima dell'obbligo contrattuale da stipulare, perchè inerente alla natura di servizio pubblico del trasporto ferroviario. E poichè il trasporto avviene in conseguenza e a seguito d'un contratto, prima della stipulazione di questo il diritto dei cittadini si risolve in un diritto a contrattare in base alle Tariffe, e il corrispondente obbligo

---

comm. 1906, 2, 185), ma è combattuta con energia dal MARCHESINI nel suo *Contratto di trasporto* e, da ultimo, nella monografia riportata dal *Foro italiano*, anno 1906, 1, 216.

Ultimamente la Pretura di Portomaggiore decise che i vagoni vuoti, forniti dall'amministrazione ferroviaria ai richiedenti perchè vi eseguiscano il carico delle merci per il trasporto, passano in temporaneo possesso dei richiedenti stessi, i quali li detengono sotto la loro responsabilità e sono tenuti al risarcimento del danno in caso di incendio, avaria, ecc.

La sentenza ha la data 19 febbraio 1907, si legge nel *Mon. dei tribunali* ed è ivi accompagnata da breve, ma non meno efficace nota critica, contraria, del dott. V. MERCADANTE.

delle Ferrovie si concreta nel prestarsi al contratto e cioè nel compiere tutti quegli atti preliminari, senza dei quali nè il contratto nè il trasporto potrebbero aver luogo. Or tra codesti atti preliminari è appunto compreso quello di mettere i vagoni vuoti a disposizione del richiedente, poichè questi altrimenti si troverebbe nella impossibilità di poter perfezionare il contratto di trasporto e di avvalersi del diritto che l'alligato D gli concede, di eseguire egli stesso il carico delle merci.

Non è quindi vero ciò che afferma l'Amministrazione ferroviaria, che cioè la disposizione dell'art. 2 non possa estendersi alla richiesta di vagoni, perchè questa non potrebbe considerarsi come parte del contratto di trasporto, il quale comincerebbe soltanto con la richiesta dell'art. 92.

Del resto, il contratto di trasporto non comincia neanche con la richiesta dell'art. 92, come non comincia con quella dell'art. 106, ma sorge col rilascio della ricevuta di spedizione; onde apparisce infondata l'addotta questione di diversità di trattamento giuridico tra le due specie di richiesta. Che poi il dovere legale del trasporto non sia subordinato alla presentazione della merce, contrariamente a quanto si e pur sostenuto, si desume, oltre che dalle considerazioni già fatte, anche dagli art. 83-99 e 117 *i* dell'alligato D, dove si tratta di contratti di trasporto nei quali la consegna della merce è posteriore alla richiesta. Se poi si volesse ritenere che solo con la perfezione del contratto di trasporto sorga un obbligo giuridico per le Ferrovie, che induca la responsabilità per l'inadempimento, l'art. 2 perderebbe tutto il suo valore, poichè, prima del rilascio della bolletta e cioè del momento in cui il contratto nasce, non vi sarebbe alcuna sanzione, e dopo vi sarebbero delle sanzioni derivanti dalla violazione contrattuale, per stabilire le quali può parere perfino inutile una espressa disposizione come quella del citato art. 2.

Di fronte alle ragioni esposte perde d'importanza l'obbiezione fondata sulla incapacità del capo stazione a vincolare l'Amministrazione da cui dipende: basta che la richiesta sia fatta legittimamente perchè sorga nelle Ferrovie l'obbligo del trasporto, e l'articolo 106 stabilisce che essa sia fatta appunto al capostazione, e venga accompagnata dal deposito: onde, con l'adempimento di queste due condizioni per parte dello speditore, le Ferrovie si trovano obbligate alla fornitura di vagoni.

Ad evitare le conseguenze che si traggono dalle esposte considerazioni, l'Amministrazione ferroviaria deduce che gli art. 106 e 107 contengono una norma di carattere amministrativo, la quale ammetterebbe un potere discrezionale dell'Amministrazione, e non già una norma di diritto obbiettivo, che abbia cioè valore vincolativo e faccia sorgere diritti subbiettivi a favore dei richiedenti.

Il carattere di legge, che indubbiamente hanno le disposizioni dell'alligato D, vieta che esse si ritengano norme di ordine puramente amministrativo interno, e non abbiano virtù di vincolare l'Amministrazione di fronte ai cittadini, quando ciò non risulti dal loro testo.

Di conseguenza, quando l'art. 106 riconosce la facoltà negli speditori di richiedere i vagoni vuoti per il trasporto, a tale facoltà deve corrispondere un obbligo nelle Ferrovie, affinchè quella disposizione non rimanga priva di efficacia e di valore. E ciò è tanto più evidente nel caso dell'art. 95 delle Tariffe — che è quello in esame — in cui la fornitura del vagone vuoto è condizione indispensabile perchè il trasporto possa aver luogo, per modo che, in tal caso, l'inadempienza per parte delle Ferrovie appare più manifestamente come una violazione del dovere del trasporto. Quanto si è detto viene altresì confermato dal sistema seguito dall'alligato D, nel quale, quando si è voluto stabilire una norma facoltativa ovvero attenuare il carattere imperativo, che è proprio e connaturale all'indole dello stesso alligato, ne viene fatta esplicita dichiarazione, come ad esempio nell'art. 6 e in alcune disposizioni riguardanti determinati servizi speciali.

Ma nessun accenno si trova in tal senso nell'art. 106, nel quale non esiste alcuna indeterminatezza circa la facoltà che ivi si concede ai cittadini e il conseguente obbligo che promana a carico dell'Amministrazione delle Ferrovie, per modo che non può parlarsi di potere discrezionale, cioè di libertà dell'Amministrazione stessa di determinarsi nella latitudine di certi limiti. Nè il preteso carattere di norma facoltativa può desumersi dalla parola *procurerà*, usata nell'art. 107, poichè questa importa «deve procurare», come si desume dal suo valore grammaticale e dal contesto della disposizione.

E non vale poi il rilevare che un potere discrezionale, insindacabile, nell'Amministrazione di corrispondere o no alle richieste di vagoni vuoti, sia imposto dalla natura particolare di questo servizio e dalla necessità di evitare che il conflitto d'interessi fra più speditori determini un ingiusto accaparramento di mezzi di trasporto, a beneficio di un solo o di pochi, con evidente danno degli altri.

Poichè, a prescindere che siffatte considerazioni, segnalanti pretesi inconvenienti della legge, non autorizzano, da sole, a dare di questa un'interpretazione discordante dalla sua letterale espressione, è da notare che il termine di 36 ore, concesso alle Ferrovie per provvedere alle richieste, offre l'agio di regolare convenientemente l'andamento del servizio in discorso ed è valevole ad eliminare gli inconvenienti che possono eventualmente derivare da un numero esorbitante di domande di vagoni vuoti.

Ciò che si è innanzi osservato, intorno all'obbligo legale sancito nell'art. 2, dimostra tutta l'infondatezza dell'altra obbiezione fatta dalla Amministrazione convenuta, che cioè la sanzione per l'inadempienza alla fornitura dei vagoni sia limitata alla restituzione del deposito, mancando negli art. 106 e 107 una esplicita disposizione, che imponga il risarcimento del danno. Infatti, ammesso il dovere dell'Amministrazione di fornire i vagoni richiesti, il risarcimento del danno, per i principii generali di diritto, è una conseguenza immediata ed inevitabile dell'inadempimento.

D'altra parte l'obbligo del risarcimento si trova espressamente stabilito nell'art. 2, che, come disposizione d'indole generale, si applica anche al caso previsto nei successivi articoli 106 e 107.

E non è punto esatto quanto afferma l'Amministrazione, che l'alligato D contenga una serie di regole particolari, per modo che nessuna correlazione possa vedersi tra loro ed in ispecie tra l'art. 2 e gli art. 106 e 107 già citati. Il vedere nell'alligato D una congerie inorganica di disposizioni speciali, un elenco casistico, senza nesso e senza legame, non dominato da alcun principio generale che ricolleghi ad unità organica le singole ipotesi legislative, è contrario al tenore dell'art. 2 e degli art. 3 e 12 dello stesso alligato.

E' indubitato che l'art. 2, imponendo l'obbligo del risarcimento del danno, riafferma un principio generale, che è di sua natura applicabile a qualsiasi inadempimento ad obblighi imposti o dalla legge o dal contratto.

Or, per sostenere che sia inapplicabile all'ipotesi in esame quel principio generale, che la legge rpete nell'art. 2, occorrerebbe dimostrare l'indole affatto eccezionale dell'ipotesi stessa, che cioè questa costituisca una deviazione in confronto delle altre ipotesi d'inadempienza alle quali invece il principio è applicabile.

E se, per la riconosciuta indole eccezionale di talune disposizioni dell'alligato D, si trova espressamente eliminata, per altri casi, la responsabilità dell'Amministrazione di risarcire il danno, una simile dichiarazione espressa non risulta dagli art. 106 e 107; onde per l'ipotesi prevista in questi articoli ha valore il principio generale.

Nè potrebbe portare a contrario avviso la pretesa disparità di trattamento, in caso di inadempienza, tra la Ferrovia, che sarebbe obbligata al risarcimento, e lo speditore, che correrebbe il solo rischio di perdere il deposito, poichè un siffatto inconveniente non potrebbe avere decisiva influenza nell'interpretazione della legge, anche quando non si voglia ammettere che la ritenuta del deposito non sia poi un corrispettivo sproporzionato al servizio, che l'Amministrazione rende nel fornire i vagoni vuoti, tenuto conto sia della ripartizione della spesa tra la massa dei servizi di tal genere di fornitura, sia dei casi, non certo numerosi, in cui i richiedenti preferiscono abbandonare i depositi anzichè valersi del diritto di far eseguire il trasporto.

Infine, dal momento che l'Amministrazione non contesta di aver ricevute le richieste e i depositi, in perfetta regolarità a norma dell'art. 106, non si comprende come essa non fosse legittimamente impegnata a fornire i vagoni, sol perchè la fornitura avrebbe dovuto aver luogo per tanti giorni quanti ne sarebbero occorsi al trasporto di tutta la merce.

In base a tutte le esposte ragioni rimane dunque dimostrato che l'Amministrazione delle Ferrovie aveva l'obbligo di fornire i vagoni dal Bisacchi richiesti, e che l'inadempienza a quest'obbligo trae seco la responsabilità per il risarcimento del danno, salva la prova che la fornitura non sarebbe potuta avvenire con i mezzi ordinari di trasporto o che sia stata ostacolata da impedimenti

straordinari o di forza maggiore. E, poichè non si discute che la fornitura potesse avvenire con i mezzi corrispondenti ai bisogni ordinariamente prevedibili, la questione si restringe a vedere se vi facessero ostacolo impedimenti straordinari o di forza maggiore. Ora la prova di siffatti impedimenti non risulta dagli atti, essendosi la Ferrovia limitata a dimostrare, con l'elenco esibito, di aver forniti 167 carri sui 183 richiesti, e ad osservare che il tempo, in cui si sarebbe dovuta fare la fornitura, coincideva con il periodo di maggiore attività nel traffico di quelle regioni. D'altra parte non può dubitarsi che la prova degli impedimenti, di cui parla l'articolo 2, stia a carico della convenuta, poichè, avendo il Bisacchi dimostrata l'esistenza del suo diritto e della conseguente obbligazione nella Ferrovia, a questa spetta, per i principî generali, di fornire la prova liberatoria, che legittimi l'inadempimento.

Pertanto, non avendo la convenuta dimostrato nè chiesto di dimostrare il concorso di alcuna delle cause liberatorie dell'art. 2, discende logica la conseguenza che l'Amministrazione Ferroviaria sia tenuta al risarcimento dei danni derivati dalla mancata fornitura dei sedici vagoni richiesti.

Per questi motivi ecc.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

2 agosto 1907 n. 1906

Galli *Pres.* — Sacerdoti *Est.*

Lucati (avv. *F. Garbini*) contro Fallimento Furnari (avv. *F. S. Parisi*).

Il locatore di un immobile destinato al commercio non può, dopo la dichiarazione di fallimento, promuovere contro il curatore, in forza dell'articolo 1165 codice civile, l'azione di risoluzione per il mancato pagamento delle pigioni verificatosi anteriormente alla sentenza dichiarativa (1).

Soltanto se il curatore si rende egli stesso inadempiente per le pigioni scadute posteriormente alla sentenza dichiarativa del fallimento, può il locatore chiedere contro di lui la risoluzione dell'affitto (2).

Il Tribunale ecc. — Per quanto il curatore tenti di dimostrare il contrario, non può esservi dubbio che, non avendo il Furnari pagato al primo del mese la rata di aprile, devesi ritenere che l'inadempienza dell'obbligo di pagare l'affitto erasi già verificata prima della dichiarazione di fallimento. Invero, dicendo il contratto, intervenuto fra il Lucati ed il Furnari, che il pagamento della corrisposta d'affitto doveva effettuarsi mese per mese *anticipatamente*, è chiaro che le singole rate venivano a scadere al primo di ciascun mese e che perciò il Furnari, non avendo pagato al primo d'aprile, era incorso nella *mora solvendi*.

Ciò premesso in linea di fatto, è necessario, per risolvere esattamente la questione sottoposta all'esame del Collegio, di tenere distinti i principî che valgono per le pigioni non pagate dal fallito anteriormente alla sentenza dichiarativa del fallimento e per quelle invece non pagate dal curatore posteriormente alla sentenza stessa.

Per le prime il Collegio, pur non ignorando come esistano nella giurisprudenza decisioni in senso contrario, ritiene di poter adottare la dottrina, secondo la quale non è ammessa contro il curatore, posteriormente alla sentenza dichiarativa del fallimento, l'azione di risoluzione prevista dall'articolo 1165 codice civile.

Questa dottrina si fonda anzitutto sul principio della *par condicio omnium creditorum*, il quale informa tutto l'istituto del fallimento. Il locatore è bensì un creditore privilegiato (art. 1958 n. 3 cod. civ., 773 n. 2 codice comm.), ma, dato che i beni su cui cade il privilegio siano insufficienti a soddisfarlo completamente, egli concorre, in proporzione di quanto gli rimane dovuto, coi cre-

---

(1-2) Questa sentenza, che gli studiosi ammireranno insieme con noi per la dottrina e per la spigliatezza con cui è redatta, segue la prevalente opinione degli scrittori. Cfr. BONELLI, *Trattato del fallimento*, vol. I, n. 265 e la suggestiva nota del prof. Leonardo COVIELLO, dal titolo *Efficacia del patto commissorio nel fallimento del conduttore*, in *Riv. di dir. comm.*, annata 1904, 2, 187-194. La giurisprudenza è contraria, se si eccetua la decisione 26 maggio 1903 dell'A. Potenza (*Gazz. Proc.* XXXII, 276), annullata, però, dalla Cass. Napoli 22 luglio 1903 (*Riv. di dir. comm.*, 1904, 2, 187). Si veggano anche le decisioni 19 ottobre 1892 e 4 novembre 1893 dell'A. Torino (*Giur. tor.* 1893, 13, e 1894, 165) e 7 luglio 1894 dell'A. Milano (*Foro ital.* 1894, 1, 1016):

ditori chirografari nella distribuzione del resto dell'attivo (art. 775 cod. comm.). Ora si capisce facilmente che, verificandosi una simile ipotesi, se il locatore avesse la scelta fra l'esercizio del diritto al dividendo e quello dell'azione di risoluzione, egli non esiterebbe un momento di appigliarsi al secondo, perchè, mentre questo gli assicura il ricupero dell'immobile locato, l'altro invece non gli può fruttare che la percentuale spettante a qualunque creditore.

Perciò si deve ritenere che la possibilità di tale scelta urta contro il concetto fondamentale che domina tutta la materia del fallimento, concetto che si riassume nell'uguale trattamento di tutti i creditori. Per effetto del fallimento i crediti verso il fallito si trasmutano in altrettanti diritti al dividendo: si ha una novazione dei crediti, per la quale come il fallito non può pagare un creditore a preferenza degli altri, così nessun creditore può pretendere di avere, di fronte al fallito, un diritto maggiore degli altri.

E' dunque logico che chi non ha al momento della dichiarazione di fallimento un diritto quesito allo scioglimento della locazione, non può nemmeno acquistarlo dopo, quando la condizione di tutti i creditori è rimasta fissata inalterabilmente coll'aprirsi della procedura fallimentare.

Altro argomento, che influisce ad escludere che il locatore possa promuovere contro il curatore l'azione dell'articolo 1165 codice civile per mora verificatasi anteriormente alla dichiarazione di fallimento, è dato dalla regola della sottomissione di tutti i creditori al procedimento di verifica. Data questa regola, è forza riconoscere che per le pigioni scadute e non pagate prima della dichiarazione del fallimento il locatore, che siasi fino a questo momento mantenuto inattivo, ha diritto soltanto di insinuare il suo credito e non già quello di agire contro il curatore per la risoluzione del contratto.

Un ultimo argomento si ritrae dall'articolo 702 cod. comm., il quale statuisce: « Per le pigioni, dovute dal fallito gli atti d'esecuzione sopra gli effetti mobili che servono al suo commercio sono sospesi per trenta giorni da quello della sentenza dichiarativa del fallimento, salvi i provvedimenti conservativi *e il diritto che il proprietario avesse anteriormente acquistato di riprendere il possesso dei beni locati* ». L'articolo parla delle *pigioni dovute dal fallito* e con ciò si debbono intendere le pigioni scadute prima della sentenza dichiarativa di fallimento, poichè quelle che vengono a scadere dopo non rappresentano dei debiti del fallito, ma bensì della massa. D'altra parte, facendosi salvo dall'articolo stesso il diritto *acquistato anteriormente* alla sentenza dichiarativa, è ovvio argomentarne *a contrario* che *posteriormente* non può esservi un diritto al ricupero dell'immobile locato. Emerge dunque dall'articolo 702 che, se il conduttore d'un immobile, che venga dichiarato fallito, siasi reso in precedenza inadempiente al contratto di locazione, non pagando l'affitto, non può perciò il locatore promuovere, in base all'articolo 1165 cod. civ., azione di risoluzione contro il curatore.

Questa interpretazione dell'art. 702 cod. comm. collima perfettamente collo scopo di esso, che è quello d'impedire che il locatore possa, approfittando delle circostanze, soverchiare il ceto dei creditori e dettare ad esso legge ed in pari tempo di dare a questo un certo spazio di tempo per deliberare, se convenga continuare nell'esercizio del commercio, o smetterlo, troncando anche le locazioni in corso. Ed invero è evidente che se per i fitti anteriori ai rimasti insoluti fosse lecito al locatore di chiedere, dopo la dichiarazione di fallimento, lo scioglimento del contratto, un tale scopo verrebbe in gran parte ad essere frustrato.

Un'obbiezione soltanto potrebbe farsi contro le argomentazioni che precedono. Si potrebbe cioè osservare che esse presuppongono tutte che per la semplice inadempienza avveratasi prima della dichiarazione del fallimento non abbia il locatore un diritto quesito alla risoluzione del contratto.

Questo presupposto è soprattutto evidente nell'interpretazione dell'art. 702, il quale appunto mantiene integro, nonostante la dichiarazione di fallimento, il diritto *acquistato* anteriormente di rientrare nel possesso dei beni locati. Ora è un tale presupposto esatto, o si deve per converso ritenere che il semplice fatto dell'inadempienza conferisce al creditore un diritto irrevocabilmente quesito alla risoluzione del contratto?

Certamente se nella locazione si trova inclusa la condizione della risoluzione *ipso jure* in caso di inadempienza, dal momento in cui il conduttore si rende inadempiente sorge nel locatore il diritto perfetto ed irrevocabile alla risoluzione del contratto, tanto che il conduttore non potrebbe in seguito to-

gliere di mezzo gli effetti della sua inadempienza, ponendosi in regola coi pagamenti. Ma se invece nel contratto di locazione è insito semplicemente il patto commissorio contemplato dall'art. 1165 cod. civ., allora non può parlarsi d'alcun diritto quesito alla risoluzione del contratto pel semplice fatto dell'inadempienza del conduttore, giacchè per quel patto la risoluzione non opera di pieno diritto, ma deve essere pronunziata dal giudice. Nè importa che si tratti di locazione che abbia natura commerciale, anzichè civile. E' bene vero che in materia commerciale il giudice nòn può accordare la dilazione permessa dall'art. 1165 cod. civ. (art. 42 cod. comm.), ma ciò non toglie che anche in questa materia la risoluzione deve essere domandata al giudice il quale la pronunzia, dopo aver constatato se ne concorrano gli estremi. Il divieto delle dilazioni importa questo soltanto, che, mentre per le obbligazioni civili il debitore può, fino alla sentenza che pronunzia la risoluzione, dare adempimento al contratto e purgare così la propria mora, per converso nelle obbligazioni commerciali la *purgatio morae* non è più possibile dopo la citazione, con cui si propone la domanda di risoluzione, e quindi fin da questo momento vi è nel creditore il diritto quesito alla risoluzione; poichè, se il giudice non può accordare una dilazione, ragion vuole che egli non possa nemmeno legittimare quella che la parte si pigli da sè. Ma, a parte ciò, è certo che, anche se l'inadempimento si riferisce ad un'obbligazione commerciale, prima della domanda giudiziale non si ha un diritto quesito alla risoluzione, ma soltanto la facoltà astratta di scegliere tra il conseguimento della prestazione e la domanda di scioglimento del vincolo contrattuale.

Applicando i principi esposti al caso in esame, si deve conchiuderne che per la rata d'affitto scaduta il primo aprile e non soddisfatta dal Furnari non poteva il Lucati promuovere, dopo la sentenza dichiarativa del fallimento, azione di risoluzione contro il curatore. Invero non sembra si possa dubitare che l'unica specie di soluzioine, che trovi applicazione nel caso attuale, sia quella prevista dall'art. 1165. L'attore ha tentato d'impugnare l'esattezza di quest'affermazione, osservando che nel contratto fra lui ed il fallito la condizione della risoluzione in caso d'inadempimento è espressamente sancita. Ma ciò che importa è di vedere non già se la clausola sia espressa o sottintesa, ma bensì quale efficacia le parti abbiano inteso di attribuire ad essa. Il patto commissorio espresso non ha per sè stesso maggiore efficacia di quello stabilito dalla legge nel silenzio delle parti, ma occorre che sia manifesta la volontà dei contraenti di prescindere dall'intervento del giudice. Ora per certo una simile volontà non si può desumere dalla clausola, contenuta nel contratto fra il Lucati ed il Furnari, che, non pagando il conduttore l'affitto, sarebbe stato in facoltà del locatore di *chiedere* la rescissione del contratto d'affitto. In sostanza con questa clausola non si ha che un puro e semplice richiamo alla disposizione dell'art. 1165 cod. civ. Nè gioverebbe in contrario osservare che nel contratto originario d'affitto fra il Lucati ed il proprietario Bevignani si ha il patto di risoluzione *ipso iure* (art. 13). Poichè se nel contratto fra il Lucati ed il Furnari si fa richiamo alle clausole del contratto fra il Lucati ed il Bevignani, ciò però è limitato a quanto non sia espressamente previsto e regolato da quello. Anzi la differente dizione dei due contratti è la riprova che nel contratto di subaffitto tra il Lucati ed il Furnari si volle dal primo usare una maggiore larghezza, convenendosi non già la risoluzione *ipso jure*, ma solo la facoltà del ricorso al magistrato per chiedere la risoluzione nel caso d'inadempimento delle obbligazioni contrattuali.

Ma se il difetto di pagamento della rata d'aprile, rappresentando un'inadempienza anteriore alla sentenza dichiarativa del fallimento, non può legittimare l'azione del Lucati contro il curatore, non potrebbe invece ravvisarsi un legittimo fondamento della domanda di risoluzione nel mancato pagamento delle rate dovute per i mesi successivi?

Per certo il fallimento non scioglie il rapporto di locazione, ma importa semplicemente il trasferimento di esso dal fallito alla massa dei creditori. Conseguentemente dal momento della sentenza dichiarativa il credito del locatore per il pagamento delle pigioni non è più verso il fallito, ma verso la massa. Perciò se l'inadempienza si riferisca a pigioni scadute dopo la dichiarazione del fallimento, non v'è dubbio che allora si può promuovere contro il curatore, quale rappresentante della massa, l'azione di risoluzione.

D'altra parte un tale principio non potrebbe ritenersi inapplicabile nella specie per la

semplice ragione che al giorno 11 aprile 1907, data della citazione introduttiva del giudizio, non era ancora scaduta alcuna rata posteriore alla sentenza dichiarativa del fallimento. Poichè nulla vieta che un giudizio, il quale sia stato invalidamente iniziato per mancanza o nullità del diritto preteso si consolidi posteriormente col sorgere o col sanarsi del diritto stesso. In questo caso si ha semplicemente un giudizio proposto prima del tempo; ma ciò, se impedisce che si possa far risalire gli effetti della sentenza fino al giorno della citazione, non è peraltro d'ostacolo a che il diritto preteso venga dalla sentenza riconosciuto e dichiarato.

Tuttavia queste considerazioni non sono sufficienti per ritenere che il mancato pagamento delle pigioni posteriori alla dichiarazione del fallimento renda ammissibile la domanda di risoluzione del Lucati. Perchè ben s'intende che questo mancato pagamento in tanto può dar luogo all'azione di risoluzione, in quanto costituisca una vera e propria inadempienza contrattuale vale a dire implichi effettivamente la *mora* della massa fallimentare. Ora il curatore assume di provare per mezzo di testimoni che subito dopo la citazione dell'11 aprile 1907 egli offrì ripetutamente al Lucati il pagamento dell'affitto. Se ciò fosse vero, è certo che d'una mora della massa non si potrebbe più parlare. Infatti, la mora della massa non poteva tutt'al più incominciare che al 1. maggio, poichè soltanto in quel giorno veniva a scadere la prima rata d'affitto dovuta posteriormente alla sentenza dichiarativa del fallimento. Se adunque il curatore offrì il pagamento anteriormente a quel giorno, non si può più far carico alla massa d'alcuna mora nell'adempimento della locazione. Nè vale il dire che le offerte allegate dal curatore non furono fatte nelle forme stabilite dagli articoli 1259 e segg. Cod. civile. Già, anzitutto, è dubbio se soltanto l'offerta reale, eseguita nelle forme del Codice civile, abbia efficacia di costituire in mora il creditore, e questo dubbio è avvalorato dalla lettera dell'art. 1259 Cod. civile, il quale sembra accennare semplicemente ad una *facoltà* del debitore e lascia che l'offerta reale può essere preceduta da altre offerte spoglie della formalità legale. Ma, a prescindere da ciò, bisogna osservare che ad escludere l'azione di risoluzione non è necessaria la costituzione in mora del creditore, ma basta che non vi sia la mora del debitore. Ed è certo che questa manca, quando il debitore siasi tenuto pronto all'adempimento, e meglio ancora quando alla sua prontezza abbia aggiunte le offerte fatte al creditore. Non è dubbio quindi che se il curatore offrì veramente al Lucati il pagamento e tale offerta aveva carattere di serietà, come corrispondente ad un'effettiva prontezza del curatore, non può ora il Lucati, sulla base della mora della massa, farsi a chiedere lo scioglimento della locazione.

Un'ultima osservazione. Si potrebbe dubitare che non solo le rate di maggio e dei mesi successivi, ma ben anche quella del mese di aprile, quantunque già scaduta al momento della dichiarazione di fallimento, debba incombere alla massa proporzionalmente al periodo di tempo decorso dalla dichiarazione stessa. Ma, anche ammesso che ciò sia esatto, l'offerta, che il curatore dice di aver fatto, subito dopo la citazione, si deve avere come efficace ad operare la *purgatio morae* della massa. Poichè per quanto in materia commerciale il diritto alla risoluzione del contratto si possa dire quesito colla domanda giudiziale, d'altra parte si deve tener presente che in tanto può esistere un diritto alla risoluzione, in quanto vi sia la mora del debitore, e questa non può sussistere se sia esclusa la colpa da parte del debitore inadempiente.

Ora è certo che il fatto di non avere il curatore eseguito il pagamento entro l'11 aprile, mentre il fallimento non era stato dichiarato che il 5 aprile, non può ascriversi a sua colpa, se si tien conto del tempo necessario al curatore per prendere cognizione dei debiti del fallito e formarsi un'idea, sia pure sommaria, dello stato dell'azienda. Per analoga ragione l'art. 1223 capov. 1. Cod. civile dispone che, se il termine scade dopo la morte del debitore, l'erede non è costituito in mora se non mediante intimazione od altro atto equivalente e dopo il decorso di otto giorni dall'intimazione.

Per questi motivi ecc.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

28 giugno 1907 n. 1425

Tempestini *Pres* ed *Est.*

Fontana (avv. *G. Grillo*) contro aAmministrazione delle Ferrovie (avv. *A. Sasso*).

Anche il vettore, cui fu sottratta la merce affidatagli pel trasporto, ha azione per rivendicarla a norma dell'art. 708 cod. civile, tanto più se ha dovuto rifondere al proprietario il valore della merce stessa, restando surrogato in virtù del disposto dell'art. 1253 n. 3 cod. suddetto (1).

L'azione di rivendica a stregua dell'art. 708 cod. civ. compete in caso di furto proprio ed improprio (2).

Comunque, l'impossessamento del bollettino di consegna della merce equivale alla sottrazione della merce che da tale documento è rappresentata (3).

Il Tribunale, ecc. — Nel 20 marzo 1906 giungeva da Civitavecchia alla stazione di Trastevere una spedizione a piccola velocità di 14 colli di suola, diretta al negoziante Dominici Mario.

Allorchè costui si presentò per ritirare la merce, fu constatato che mancavano i documenti di contabilità e che i colli di pellami erano stati ritirati nel 23 marzo detto da un carrettiere, che aveva esibito la bolletta di svincolo. Denunziato il fatto, veniva sequestrato dall'autorità di P. S. il pellame suddetto presso Luigi Fontana ed altri, a cui il Fontana l'aveva venduto, e presso il Monte di Pietà, ove in piccola parte il Fontana stesso l'aveva impegnato. Istruitosi procedimento penale, questo si chiudeva con ordinanza della Camera di Consiglio di non luogo a procedere, perchè ignoti gli autori del reato. Successivamente tanto l'Amministrazione delle Ferrovie, che il Fontana chiesero la restituzione della suola sequestrata, ma la Camera di Consiglio dichiarava non esser luogo a deliberare, essendo controversa la proprietà della cosa, su cui era competente a pronunziare il magistrato civile. In seguito di che il Fontana con atto 21 febbraio 1907 conveniva in giudizio l'Amministrazione delle Ferrovie, per ottenere in di lei confronto la immediata restituzione del pellame con il risarcimento dei danni. Contestatasi la lite, all'udienza di spedizione la causa veniva discussa ed assegnata per sentenza.

Diritto. — Attesochè il Fontana contrasta pregiudizialmente il diritto di rivendica, che in *excipiendo* oppone l'Amministrazione delle ferrovie, assumendo che questa non può invocare l'art. 708 Cod. civ., non essendo proprietaria della merce, ma soltanto vettore, ossia detentore precario.

Ma l'eccezione non regge.

La parola del legislatore raccoglie nella sua lettera e nel suo spirito il caso di chiunque detenga la cosa al momento della sottrazione, quando abbia interesse a riaverla.

L'art. 708 Cod. civ. infatti parla con frase generica di colui che ha smarrita la cosa o ne fu derubato, ossia di chiunque abbia sofferto una spogliazione, ed invece di adoperare la locuzione di specifico significato giuridico «rivendicare», si serve dell'espressione «ripetere» che ha un senso più generico ed ampio, di azione cioè diretta a ricuperare la cosa, sia essa fondata o meno sul diritto di proprietà. La dizione poi dell'articolo 2146 cod. civ. conferma chiaramente questa interpretazione, poichè, parlando della prescrizione dell'azione, di cui all'art. 708, dichiara espressamente che questa compete tanto al proprietario che al possessore. Seguendo la tesi del Fontana, si potrebbe giungere a questa assurda ed iniqua conseguenza che, disinteressato il proprietario con l'indennizzo della cosa, ricevuto da chi ha sofferto lo spoglio, egli o conseguirebbe un indebito arricchimento esercitando il diritto di rivendicare la cosa, o, questo non sperimentando, la cosa stessa rimarrebbe in possesso del terzo, ancorchè di malafede; in ambedue i casi con ingiusto danno del detentore.

Ma l'Amministrazione delle Ferrovie è assistita inoltre dalla disposizione dell'articolo 1253 n. 3, Cod. civ., poichè, avendo pagato al

---

(1-3) Ecco che alla decisione 9 febbraio 1907 della Cass. Firenze *Giur. ital.* 1907, 1, 1, 29 1— estesa dall'illustre presidente comm. COSENZA tien dieCass. Firenze — *Giur. ital.* 1907, 1, 1, 29 1 — estesa lier TEMPESTINI, corroborata di ricerche storiche. Noi approviamo francamente così più liberale indirizzo in materia di rivendicazione di cose mobili. I lettori possono consultare, per maggior notizie, lo studio di A. Diana, in *Giur. ital.* 1898, 1, 1, 609.

proprietario della merce, Mario Dominici, il valore di questa, si è surrogata legalmente nelle ragioni ed azioni che in relazione alla merce stessa potevano spettare al proprietario Dominici.

Attesochè il Fontana sostiene che l'art. 708 Cod. civ. restringe la rivendica al solo caso di furto, e però l'Amministrazione dovrebbe dare la prova che la merce fu rubata, mentre invece le fu sottratta in seguito a frode commessa. Sulla vessata questione, che divide la dottrina e la giurisprudenza, il Collegio osserva che recenti e più profondi studi storici hanno rettificata l'opinione, che la regola «la mano deve guardare la mano» vigesse come principio generale assoluto nelle legislazioni germaniche, mentre è stato chiarito che in alcune leggi, sia pure in modo limitato, era riconosciuto il principio della rivendica mobiliare (*Lex Salica* XXXVII; *Lex Wisigoth*, lib. 5, tit. 4; *Lex Burgund*. 63, 1; *Lex Rip*. 72, 1, citate da Del Vecchio in *Archiv. Giurid.*, XX, pag. 33, dal Diana in *Giurispr. Italiana*, 1898, p. 1, sez. 1, pag. 610. Cfr. Schupfer, Allodio, n. 71).

La proibizione della rivendica mobiliare tanto meno potè affermarsi come regola generale sotto l'influenza della glossa e nelle *coutumes* francesi che si uniformarono al concetto Giustinianeo del dominio: e prima della legislazione francese vigeva come principio anche in fatto di mobili, che «res clamat ad dominum», con le limitazioni ed eccezioni introdotte dalle esigenze del commercio, tantochè il Poincarè (*Des droits de suite dans la propriètè mobilière*, pag. 84) assicura, «che la rivendica mobiliare esisteva, e come concezione giuridica era inattaccabile; e non si sopprime il principio, ma se ne limita l'applicazione aumentandone i casi d'inammissibilità». E' vero che il Codice francese copiò dal Bourjon, che la riteneva come regola generale con la sola eccezione del furto, la disposizione «en fait de meubles possession vaut titre»; ma ciò non può distruggere la portata, lo spirito della disposizione, quale lo si desume dai precedenti storici, dalle «coutumes», dalla influenza del diritto romano, che ebbe il suo autorevole e diretto rappresentante nel Pothier. Essendo identica la disposizione del nostro Codice a quella del Codice Napoleone, si è autorizzati a ritenere, sulla base della genesi storica della disposizione stessa, che l'art. 707, che nega la rivendica mobiliare, non costituisce una regola del nostro sistema legislativo, in cui invece il principio generale è dato dall'art. 439, che riguarda le disposizioni comuni della proprietà. D'onde segue l'applicabilità dei criteri di una interpretazione estensiva dell'art. 708 Cod. civile, trattandosi non di un'eccezione, di una deroga ad una norma generale del sistema legislativo, ma di un'eccezione dell'eccezione, cioè di un ritorno alla norma stessa.

Attesochè l'art. 2279 capov. Cod. Napol., riprodotto nell'art. 708 del nostro Codice, adopera la parola *volé;* ma non può dirsi che il legislatore francese abbia inteso limitare il significato di questa espressione al furto proprio, seguendo l'opinione del Bourjon, che ammetteva, come si è accennato, la sola eccezione di furto, escludendo il furto improprio; poichè anzi nel regolare l'ammissibilità della rivendica mobiliare si scosta dai principî del Bourjon, concedendo la rivendica anche in caso di smarrimento, e per le cose vendute in fiera, e per il termine di 3 anni.

Che poi il legislatore francese nell'adoperare la parola *volé* intendesse ripudiare il concetto generico Romano del *furtum* e della *res furtiva* riferendosi alla distinzione del Codice penale tra *le vol e l'abus de confiance*, è argomento privo di valore sol che si pensi come il Codice civile francese precedette di sei anni il Codice penale.

Attesochè, se la genesi storica della disposizione non contraddice all'interpretazione estensiva dell'art. 708, occorre esaminare se dessa è suffragata dai principî di ragione ed equità. Per la sicurezza degli scambi la legge eleva a titolo di proprietà delle cose mobili il possesso di buona fede, perchè sarebbe un *magnum et impraticabile onus*, per dirla col De Luca, il dovere giustificare la provenienza nelle singole vendite di merci. Ma perchè di fronte al proprietario possa opporsi dal terzo il fatto che è fondamento della prescrizione, ossia il possesso, occorre che il primo lo abbia giuridicamente trasmesso, ossia se ne sia volontariamente privato, ma ciò non si verifica quando il proprietario abbia perduto la cosa o ne sia privato contro la sua volontà, ossia mediante qualsiasi dolosa spoliazione.

Nè vale l'obbiezione, che il proprietario che perde la cosa in conseguenza di un furto

improprio, cioè di una truffa o di una appropriazione indebita, a differenza del furto proprio abbia consentito a privarsi del possesso, poichè una volontà che sia effetto dell'errore o della frode, non è volontà efficace, non altrimenti che una volontà contraria o materialmente coatta. Si dice, che il frodato deve imputare a sè stesso le conseguenze della propria dabbenaggine o leggerezza: ma, anche quando l'errore o l'inganno fossero vincibili con un'ordinaria accortezza e diligenza, è sempre moralmente e giuridicamente maggiore la colpa di chi acquista una cosa fuori dei casi e dei modi indicati nell'art. 709 Cod. civ., senza avere la cura e preveggenza, di fronte alla possibilità di trovarsi esposto ad una rivendicazione, di accertarsi della legittima provenienza della cosa. Anzi dai pratici, per il solo caso di chi avesse comprato la merce da colui che ne facesse notorio commercio, era ammessa la tutela della buona fede del terzo mediante l'applicazione della regola che il possesso vale titolo: insegna infatti il De Luca (*Theat. verit. et iustit.*, lib. II, disc. 115, n. 7)... «ementes a mercatoribus merces in «eorum tabernis vel repositoriis existentes, «non videntur obbligati exquirere, an sint «suae vel alienae.... ementes a mercatoribus, «quibus iuste credi potuit, adhuc probabi«lius videtur, concurrente bona fide, non «debere molestari».

Del resto, trattandosi di cose smarrite, non si contrasta che la rivendicazione sia ammessa anche quando si sieno perdute per negligenza ed incuria del proprietario, e, a maggior ragione, questa possibile colpa del proprietario non potrebbe influire, trattandosi di cose tolte al proprietario mediante una dolosa spoliazione. Nel conflitto tra la buona fede del terzo e i diritti del proprietario, giustizia esige che la tutela di questi debba avere sempre la prevalenza, quando la loro violazione sia conseguenza di un fatto fraudolento o delittuoso.

Nè vale opporre che per tal modo rimane vulnerato il principio del favore della sicurezza e facilità del commercio, che costituisce la ragione d'essere dell'art. 707 Cod. civ., poichè tale principio risulta equamente conciliato col rispetto dovuto al diritto del proprietario, mercè le limitazioni di cui all'articolo 709 per le cose acquistate in un mercato o in una vendita pubblica o presso un pubblico commerciante, e quelle introdotte dall'articolo 57 Cod. di commercio per i titoli al portatore.

Attesochè anche quando in ipotesi si volesse adottare l'interpretazione restrittiva dell'art. 708 circa la dizione «dedrubato» nella specie non potrebbe ad ogni modo escludersi che si tratti di furto vero e proprio, Risulta dagli atti del processo penale, al cui esame il Tribunale è stato chiamato dalle specifiche richieste e conclusioni delle parti, nè è d'altronde contestato in fatto, che vennero sottratti i documenti relativi alla spedizione del pellame, fra i quali il bollettino di consegna. Ora questo è il titolo rappresentativo della merce, mediante il quale si ha la completa disponibilità della merce stessa, in quanto il possesso fa presumere la qualità di destinatario o di suo rappresentante, che ha diritto a ritirarla ed ottenerne la consegna dalla ferrovia. L'impossessamento dunque del bollettino di consegna equivale alla sottrazioine della merce che da quel documento è rappresentata.

Attesochè subordinatamente il Fontana chiede di provare ch'egli comprò regolarmente in presenza di varie persone il pellame da Mariano Da Joisé il quale possedeva la bolletta di svincolo; ma questo capitolo è frustraneo perchè non soddisfa alle condizioni richieste dall'art. 709, ai cui effetti sarebbe preordinata la prova, imperocchè non si assume con questo di stabilire che il pellame fu comprato in una fiera o in un mercato, o all'occasione di una vendita pubblica, o che il Da Joisé fosse commerciante che facesse pubblico spaccio di quella merce, mentre invece dall'istruttoria penale è risultato che il Da Joisé è persona ignota, e non ha mai avuto negozio o commercio di pellami.

Attesochè in conseguenza delle premesse considerazioni sotto ogni aspetto le domande del Fontana appariscono infondate, dovendosi invece riconoscere il diritto dell'Amministrazione ferroviaria alla restituzione del pellame sequestrato o alla consegna del prezzo equivalente.

Per questi motivi, ecc.

PRETURA DI ALBANO LAZIALE

30 agosto 1907

Murri *Est.*

Ferrovie dello Stato contro Paris e Burli.

Pel ritardo nella consegna delle merci trasportate a tariffa generale, l'Amministrazione ferroviaria è tenuta a rispondere, a norma del diritto comune, delle perdite subite e dei lucri mancati (1).

Il Pretore, ecc. — L'indagine vuol essere rivolta a constatare se veramente, come l'Amministrazione ferroviaria sostiene, si fece mal governo della legge in rapporto al risarcimento del danno cagionato col ritardo nei termini di resa.

In applicazione del principio per cui chi ha assunto una obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al ristoro dei danni (art. 1218 cod. civ.), il vettore può trovarsi a rispondere del danno per l'esecuzione inesatta del contratto, in quanto ha consegnato al destinatario la merce con ritardo.

Per tal caso, in piena corrispondenza all'art. 403 cod. di comm., l'art 139 delle tariffe ferroviarie statuisce che, «l'avente diritto «può reclamare una parte del prezzo di tra«sporto, proporzionata alla durata del ritar«do, oppure l'intiero prezzo di trasporto, se il «ritardo è durato il doppio del tempo stabi«lito per l'esecuzione del trasporto, oltre il «risarcimento del maggior danno che provas«se essergli derivato».

Dunque si ha una liquidazione *juris et de jure* dell'indennità per i minori danni, l'abbuono totale o parziale del prezzo di trasporto, ed una liquidazione per l'eventuale maggior danno, il danno effettivo.

Intorno al modo di determinare il maggior danno, che in termini generici si afferma risarcibile, variano le opinioni. Valenti sostenitori ed autorevoli sentenze ha la teorica, per la quale, derogandosi alla responsabilità del diritto comune, in base all'art. 405 prima parte del cod. di comm., si limita il danno al deprezzamento della cosa; ma gode il suffragio di non meno illustri scrittori e non meno autorevoli pronunciati, tra cui una recente sentenza della Corte d'appello di Roma in data 9 aprile 1907, l'opposta teorica, che, mantenendo la responsabilità del diritto comune, ritiene risarcibile ogni danno reale, abbia per conseguenza una positiva diminuzione del patrimonio (*damnum emergens*) o la perdita di un possibile guadagno (*lucrum cessans*). E questa tesi, che il giudicante già ebbe occasione di adottare, vuolsi tuttavia seguire, come quella che meglio risponde alle norme interpretative, alla parola e allo spirito della legge.

Gli art. 403 cod. di comm. e 139 delle tariffe non offrono alcun criterio speciale circa la natura e i limiti del danno; quindi, secondo le regole d'interpretazione, dobbiamo riferirci

---

(1) Pubblicammo a pag. 279 del corrente anno una sentenza della nostra Corte d'Appello sulla grave questione dell'estensione del risarcimento dei danni derivati da ritardo ferroviario.

Ben volentieri oggi *eccezionalmente* facciamo luogo a questa elaborata e chiara sentenza del valoroso pretore di Albano, avv. Giuseppe MURRI, nella quale la delicata questione è svolta con forma perspicua e con nuovo contributo di argomenti, in relazione a quanto anche noi avemmo ad esprimere nella nota illustrativa della surrichiamata decisione dell'A. Roma.

Contra, da ultimo: Trib. civ. Roma 15 luglio 1907, est. Formica, in causa Ferrovie dello Stato c. Ravignani Arturo, con queste ragioni:

« Anzitutto lo stesso articolo 139, parlando di danno *derivato* dal ritardo, esprime ben chiaramente la necessità della esistenza del nesso di causalità tra danno e ritardo perchè sussista l'obbligo del risarcimento.

Inoltre ogni risarcimento di danno contrattuale è regolato sempre dalle norme generali stabilite dagli art. 1227, 1228, 1229 cod. civ., l'ultimo dei quali contiene le norme che sono una logica conseguenza del principio di causalità e che debbono perciò applicarsi sempre indipendentemente dalla causa della decisione giuridica.

Ma, a parte tali limitazioni generali, il risarcimento dovuto dalle Ferrovie, per ritardi nella resa, subisce anche speciali limitazioni dovute alla natura del contratto di trasporto per ferrovia.

Infatti lo articolo 140 stabilisce che in caso di ritardo oltre le quattro settimane le cose trasportate si considerano come perdute e l'Amministrazione deve corrispondere il valore che le cose hanno nel momento della riconsegna.

Dal confronto di questa disposizione con quella contenuta nello articolo 139 si deduce logicamente che il *maggior danno* dovuto in caso di ritardo non soltanto non può intendersi indefinitivamente, ma deve trovare un limite nella indennità dovuta

ai principi generali; ed in applicazione del principio consacrato nell'art. 1227 cod. civ., i danni sono in genere dovuti per la perdita fatta e il guadagno mancato. Il codice di commercio stesso in modo esplicito all'art. 1. stabilisce che, ove le leggi commerciali non dispongano, in mancanza di usi mercantili, si applica il diritto civile.

L'art. 405, invece, per la perdita e l'avaria precisa il risarcimento nel senso che il danno, se non è operato con dolo o manifesta negligenza, si calcola secondo il prezzo corrente delle cose trasportate nel luogo e nel tempo della riconsegna, per cui detta al riguardo una disposizione speciale; e, circa il modo di determinare il prezzo corrente, fa rinvio all'art. 38, che contiene una norma generale solo in quanto occorra stabilire il valore da attribuirsi alla merce.

Poichè, pertanto, l'art. 405 nella sua parte sostanziale, in ordine alla natura del danno, ha una disposizione singolare, non è lecito di concludere per analogia al disposto di esso articolo nell'ipotesi di ritardata consegna, essendo vietato di estendere oltre i casi previsti le leggi che formano eccezione.

Ben diversa, del resto, è l'ipotesi di responsabilità che fa capo ad un fatto di ritardo, dall'ipotesi per perdita od avaria, perchè l'una possa rientrare nell'altra.

Ed invero, quell'elemento di colpa che si toglie in considerazione in rapporto all'avaria o alla perdita, e per cui l'indennizzo altro è se trattasi di colpa lieve (art. 405 prima parte) ed altro se di dolo o manifesta negligenza (primo capoverso dello stesso articolo), non esiste punto rapporto al ritardo. L'articolo 403 fa obbligo all'avente diritto di provare il danno, prescindendo dalla colpa, la quale *inest in re ipsa*, è presupposta nel fatto della violazione del contratto, a meno che non fosse il ritardo derivato da caso fortuito o da forza maggiore o per opera del mittente o del destinatario. Il risarcimento ha, dunque, in tal caso carattere sopra tutto obbiettivo.

Nè il criterio, seguito per determinare il risarcimento in base alla differenza di prezzo, appare nell'ipotesi del ritardo logicamente fondato. Che se il detto criterio si ravvisa ragionevole, necessario, quando, come per l'avaria o la perdita, è compromessa l'entità della cosa, onde il surrogato del valore, — tale non si ravvisa di certo quando, come per il ritardo, la cosa resta invariata nella sua natura, qualità e quantità.

Evidentemente il danno risarcibile, *in subiecta materia*, non è da misurarsi alla stregua della differenza di prezzo. La dizione stessa dell'art. 403, con l'ampio e indefinito significato delle parole «maggior danno», rileva tutta intera la sua portata giuridica, specie di contro alla dizione dell'art. 405. L'assoluta difformità dei citati articoli, parlandosi nell'uno di «maggior danno» e nell'altro di danno calcolato «secondo il prezzo corrente, ecc.», implica che si è avuto in animo di stabilire differenti norme direttive del risarcimento. Quando ciò non fosse, non si sa perchè il legislatore avrebbe dovuto usare locuzioni così difformi.

L'argomento principe degli oppositori alla sostenuta tesi, fondato sull'incoerenza che il danno per il semplice ritardo viene ad es-

---

pel caso di massimo ritardo, quello di quattro settimane, equiparato alla perdita e cioè al valore della merce al momento stabilito per la riconsegna.

La legge infatti, avendo stabilito in una misura fissa il risarcimento dovuto nel caso di massimo ritardo, ha implicitamente stabilito in quella misura il limite massimo del risarcimento dovuto per ritardi di minore durata.

Tale deduzione non è soltanto l'applicazione delle norme analogiche d'interpretazione, ma è anche conforme alle accennate norme generali che regolano la risarcibilità del danno.

Il maggior danno subito per essere risarcibile deve, cioè, essere un danno prevedibile da entrambi i contraenti (art. 1228 cod. civ.), e nel contratto di trasporto se il destinatario può prevedere danni gravissimi anche indiretti a causa del ritardo, il vettore, da parte del quale soltanto va calcolata la prevedibilità, essendo egli il soggetto debitore nel rapporto giuridico controverso, non può per certo prevedere un danno che superi il valore delle cose che egli trasporta.

L'industria dei trasporti sarebbe resa impossibile se dovesse affrontare rischi superiori alle cose trasportate.

La limitazione dedotta dallo art. 140 è quindi una logica applicazione dei principi generali. Soddisfa poi anche allo stesso interesse del destinatario poichè altrimenti il vettore di fronte a piccoli ritardi avrebbe interesse a non riconsegnare la merce ed a preferire di pagare la indennità fissata per la perdita anzichè incorrere in una responsabilità indefinita ».

sere determinato in misura maggiore che per il caso più grave della perdita, vacilla dinanzi alla perentoria ragione che l'addurre inconvenienti non è risolvere la questione, e un isolato motivo di assurdo non ha virtù d'indurre a disconoscere il significato della legge, le cui parole nettamente rivelano il pensiero del legislatore.

Ma, poi, quel che si rappresenta assurdo manifesto, tale in effetto non è, se si considera l'opportunità che può aver consigliato, nell'interesse generale, un maggior rigore, una sanzione di carattere repressivo rispetto alla responsabilità per i ritardi, dappoichè facili a verificarsi più che le perdite, divenuti abituali e sistematici, paralizzano il commercio con maggior pregiudizio delle perdite costituenti causa meno frequente di inadempienza.

Nè è nuovo della nostra legislazione il sistema per cui si aggrava la responsabilità in caso di trasgressione del termine di resa, trovandosi di esso esempio nella legislazione tedesca. Senza, pertanto, censurare d'incoerenza la legge, insigni commercialisti tedeschi, come l'Eger, constatano il fatto e riconoscono il principio di diritto. Il quale, giusta osserva lo stesso Eger, non ha in sostanza subito modificazione con la riforma del codice di commercio e dell'*Ordinanza sui trasporti per ferrovia* che di recente ha avuto luogo in Germania.

Ora, quando si tenga conto di tutto ciò e si pensi che dalla legislazione tedesca prese norma il nostro legislatore per disciplinare il contratto di trasporto, — interpretazione diversa di quella innanzi esposta non può essere consentita.

Merita, dunque, conferma la sentenza del primo giudice, che concede al Paris e al Burli di provare con testimoni i fatti relativi al maggior danno, conseguenza del ritardo nel trasporto.

Per questi motivi ecc.

Avv. A. SANTE MARTORELLI, Direttore responsabile.

Tipografia "Industria e Lavoro„ Via delle Coppelle num. 35 - Roma.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

6 febbraio 1907 n. 90

Pagano *Pres.* — La Terza *Est.*

Carletti (avv. *T. Monicelli*) contro Gionchetti (avv. *C. Baudana*).

Non si possono sollevare questioni nuove in sede di cassazione (1).

In materia commerciale è incensurabile l'apprezzamento del giudice di merito che ammette o diniega ***semplicemente la prova*** *per testi di un rapporto eccedente le lire cinquecento* (2).

L'azione d'indebito arricchimento, spettante al possessore della cambiale, si prescrive in dieci o trenta anni a seconda del carattere commerciale del rapporto originario (3).

La Corte ecc. — Il ricorso del Carletti si riassume nelle seguenti tre proposizioni:

a) che fu mal ritenuta proponibile la eccezione di compensazione, quando non si era in presenza di una cambiale domiciliata, la quale solo dà al possessore della stessa il diritto d'avvalersi dell'azione d'indebito arricchimento, di cui all'art. 326 del Codice di commercio;

b) che anche mal fu dichiarata inammissibile la prova testimoniale giacchè con questa s'intendevano dimostrare gli accordi interceduti tra coloro, che ebbero parte alla creazione della cambiale, i quali accordi, giustificati, avrebbero esclusa l'azione proposta;

c) che infine la Corte di merito erroneamente riconobbe nel Gionchetti il diritto a far valere la compensazione, mentre l'azione d'indebito arricchimento si prescrive nel termine di cinque anni, ed era prescritta al tempo in cui si fece valere.

La prima proposizione però è inattendibile, perchè con essa si solleva in questa sede una questione nuova. Il Carletti dedusse la improponibilità dell'azione d'indebito arricchimento non sotto il riflesso che non trattandosi di cambiale domiciliata non spettasse al possessore l'azione d'indebito arricchimento, ma sotto l'altro, che, nella specie, cotesta azione non fosse a riconoscersi pel motivo che l'effetto cambiario fu sottoscritto e pagato nello interesse esclusivo d'Ilario Gionchetti e non nello interesse di esso ricorrente, e quindi non potesse esistere da parte sua un indebito profitto.

E' vero che i resistenti hanno anche sostenuto e discusso che la cambiale in esame sia una cambiale domiciliata e conseguentemente il loro diritto ad avvalersi dell'azione d'indebito arricchimento; ma la loro accettazione non muta la posizione delle cose la quale rimane sempre la stessa, chè il Supremo Collegio non può indagare per la prima volta se la cambiale rilasciata e sottoscritta nel 26 giugno 1891 non sia una cambiale domiciliata.

La seconda proposizione è del tutto priva di qualsiasi fondamento; imperocchè se con la chiesta prova per testimoni s'intendeva giustificare un rapporto giuridico diverso da quello che appariva dalla cambiale, e per un valore eccedente le L. 500, era chiara la inammissibilità della stessa per il disposto dell'articolo 1341 Cod. civ., quando la Corte non credette di far uso della facoltà concessale dall'art. 44 del Codice di commercio. E del non uso di codesta facoltà, che si converte in un apprezzamento di fatto, nè la Corte di merito aveva espressamente facoltà a dirlo risultando dalla dichiarazione d'inammissibilità, nè questo Supremo Collegio ha potere di interloquirvi.

Ed anche la terza proposizione non regge, non perchè si possa attendere alla difesa del Gionchetti che egli eccepì la compensazione in base all'azione di rivalsa, che per diritto comune gli era consentita, una volta che cosiffatto assunto fu escluso dal Tribunale, e, quantunque riprodotto in appello, non fu atteso dalla Corte che si occupò solo dell'azione d'indebito arricchimento; ma perchè questa azione concessa dal legislatore al possessore

(1) *Ius receptum.* Cfr. Cass. Roma 26 maggio 1906, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 343, coi richiami.

(2) Vecchia opinione del locale Supremo Collegio, alla quale noi dichiariamo nuovamente di non poter aderire (cons. le note, da noi apposte alle conformi decisioni 23 maggio e 10 settembre 1906, in questa Raccolta, anno corr., pag. 1 e 54.

(3) In dottrina seguono l'avviso della sentenza che annotiamo il VIVANTE (*Trattato di dir. comm.*, 2. ediz., vol. III, n. 1371, e il BOLAFFIO, in *Temi* 1900, 31, e 1907, 313. Contrario è il prof. MANARA, in *Giur. ital.* XLV, 1, 1077.

Per la giurisprudenza si veggano, in senso conforme: Cass. Napoli 23 settembre 1899, *Foro ital.* 1899, 1, 1264, ed implicitamente Cass. Firenze 13 febbraio 1905, *Temi* 1905, 210; — in senso contrario: Cass. Torino 3 maggio 1901, *Foro ital.* 1901, 1, 1151, e A. Venezia 15 marzo 1900, *Temi* 1900, 239.

della cambiale con l'art. 326 non essendo una azione cambiaria non può soggiacere alla prescrizione, di cui al n. 2 dell'art. 919 del Codice di commercio.

La questione di sapere in effetti, se la cennata azione si prescriva in 5 od in 10 anni, è stata variamente appresa in dottrina e risoluta in giurisprudenza: ma riflettendo che essa poggia sul principio generale di equità, che a niuno è dato arricchirsi col danno altrui, che sorge appunto quando è avvenuta la decadenza dell'azione cambiaria, da cui è essenzialmente distinta, che non deriva dalla cambiale, che ne è solo causa occasionale, non può ritenersi prescrittibile in cinque anni. Se altrimenti fosse si darebbe alla cennata azione un carattere che non ha nè potrebbe avere, mancando dei requisiti essenziali e propri dell'azione cambiaria.

Nè con ciò si cade nello assurdo, come si afferma dal ricorrente dandosi cioè ad una azione eccezionale e straordinaria, quale è quella d'indebito arricchimento, una durata più lunga dell'azione cambiaria; imperocchè è invece strettamente logico attribuire alla detta azione d'indebito arricchimento quella durata di prescrizione, che le è propria.

L'è pertanto che, non essendo fondato in alcuno dei suoi mezzi, il proposto ricorso deve respingersi.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

2 marzo 1907 n. 245

Pagano *Pres.* — Pianigiani *Est.*

Fancelli (avv. *S. Monti-Guarnieri*) contro Buschi (avv. *G. Ascoli*).

I vincoli stabiliti dalle antiche leggi in tema di farmacie, riguardanti la distanza fra l'una farmacia e l'altra, l'agglomeramento della popolazione, ecc., sono mantenuti tuttavia in vigore? (questione non risoluta) (1).

Sotto la legislazione pontificia, a tenore dell'art. 10 dell'ordinamento Gamberini il numero di tremila abitanti per ciascuna farmacia era semplicemente dimostrativo: quindi non poteva dirsi inflessibile, ma come poteva essere un numero superiore, così poteva essere un numero inferiore (2).

Il giudice ha una latitudine di apprezzamento in proposito; ed a provare la entità della popolazione di un paese vale più un recente certificato del sindaco, sia pure posteriore all'apertura della farmacia, che il resultato di un vicino censimento (3).

La Corte ecc. — Considera che la Corte di merito osservò preliminarmente che l'autorità giudiziaria era incompetente nello stato della legislazione ad ordinare la chiusura di una farmacia, ed entrando nella questione se dovessero prevalere i vincoli stabiliti dalle antiche leggi, ovvero la piena libertà nell'esercizio nelle farmacie stabilita a suo giudizio dalla vigente legge sanitaria, si dichiarò per la piena libertà della industria farmaceutica, salva la indennità promessa dal legislatore a carico dello Stato, in favore dei vecchi esercenti che avessero acquisito dei privilegi.

Soggiunse che, pur guardando alla vecchia legge, non vi era per il privato diritto ad indennità, perchè le restrizioni di quella legge avevano avuto unicamente di mira la tutela della pubblica salute, non già la costituzione di alcun privilegio a favore di privati e ad ogni modo nel caso controverso non era avvenuta alcuna violazione delle antiche limitazioni sia relativamente all'autorizzazione del Potere governativo, sia per la distanza, sia per il numero della popolazione, e per conseguenza non vi era alcuna lesione di diritto e l'azione quindi del Fancelli per l'indennita non aveva fondamento.

Considerato che contro questa sentenza insorge il Fancelli, lamentandosene: *a*) per avere essa, in base all'art. 68 della legge sanitaria 22 dicembre 1888, proclamato il principio dell'attuale libero esercizio della industria farmaceutica, non tenendo conto delle limitazioni imposte dall'editto Gamberini sempre in vigore; *b*) perchè ritenne che il numero di tremila abitanti per ciascuna farmacia fosse

---

(1-3) Rimandiamo i lettori alla nota che accompagna in questo stesso fascicolo la sentenza 26 marzo 1907 della Cass. Roma, est. NIUTTA.

Nella identica causa Fancelli c. Buschi le Sezioni unite della Cass. Roma emisero sotto la stessa data una decisione, informata al criterio che l'autorità giudiziaria è incompetente ad ordinare la chiusura di una farmacia. Cfr. anche Cass. Roma 16 aprile 1907, *Foro ital.* 1907, 1, 876, secondo cui la incompetenza dell'autorità giudiziaria sussiste anche quando le si chieda la chiusura di una farmacia che anche l'autorità amministrativa ha ordinato si chiuda, ved. pure in questa Raccolta, 1904, 74-75 nota.

per l'editto Gamberini semplicemente dimostrativo, mentre era tassativo; c) perchè finalmente rilevò il numero della popolazione da un certificato del sindaco (che riguarda la popolazione di fatto anzichè quella legale, e, per giunta, posteriore all'epoca della denunciata contravvenzione) anzichè, come avrebbe dovuto, dai risultati dell'ultimo censimento.

Considerato, circa al primo motivo, che (non senza avvertire la difficoltà di coordinare perfettamente la libertà stabilita dalla nuova legge sanitaria colle restrizioni dell'ordinamento del cardinal Gamberini, ammesse nel preambolo della sentenza) tale motivo perde di qualsiasi valore una volta che il magistrato è disceso all'esame del merito in ordine all'antica legge, supposta sempre in vigore.

Ed entrando quindi senz'altro all'esame degli altri due motivi, sembra certo che niuno di essi abbia solido fondamento. Non il primo, perchè la espressione dell'art. 10 dell'ordinamento Gamberini, con la quale si accenna per il numero degli abitanti *almeno a circa tremila*, ha senso indubbiamente dimostrativo, intendendo coll'avverbio *almeno* che avrebbe potuto essere anche di più, e col *circa* che poteva essere anche di meno: lungi quindi da quel numero inflessibile di tremila, a cui la logica e la ragione della legge rifugge.

Non il secondo, perchè ad accertare il predetto numero serve meglio il certificato del sindaco, attestante dello stato attuale della popolazione, che è quella che veramente può usare della farmacia, anzichè il risultato del censimento, che in un decennio può subire rilevanti cambiamenti. E poco nuoce che il detto certificato sia posteriore al momento della apertura della farmacia, perchè la legge col contentarsi di un numero di *circa tremila* lascia al giudice una latitudine di apprezzamento, che nel caso poteva regolarsi anche sopra quel certificato, il quale era posteriore di soli sei mesi, insufficiente ad alterare di molto la piccola popolazione di Filottrano.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 marzo 1907 n. 272

Pagano *Pres.* — Niutta *Est.*

Tosti (avv. *E. Tabet* ed *E. Savini*) contro Ditta H. Roberts e C. (avv. *A. Vannutelli* ed *E. Jachini*).

Sotto la passata legislazione pontificia la Congregazione di Sanità poteva per ragioni speciali concedere il permesso di aprire una farmacia derogando alla distanza delle duecento canne prescritta dalla Bolla Clementina (1).

Il trovarsi in Roma, sotto cotesta legislazione, una farmacia aperta a distanza minore della suddetta distanza legale fa presumere che ciò sia avvenuto per concessione appunto della Congregazione di Sanità (2).

Ciò posto, niente si oppone a che oggi una farmacia così situata si trasferisca in altro

---

(1-3) Con questa decisione resta confermata quella della Corte di appello romana 5 marzo 1906, est. CAPRIOLO, pubblicata nella presente Raccolta, anno 1906, pag. 230.

Al Supremo Collegio di Roma non si è offerto il destro di esaminare la grave controversia, se siano o meno in vigore i vincoli imposti dalle vecchie leggi al libero esercizio dell'industria farmaceutica. Anche nell'altra decisione Fancelli c. Buschi, che innanzi è pubblicata, non gli è stato possibile d'interloquire nello spinoso argomento.

Ciò non ostante, crediamo utile esporre che cosa pensi di ciò e di altre questioni la più recente dottrina e giurisprudenza, giacchè i dibattiti giudiziali in materia aumentano giornalmente di autorità e di numero.

Ed anzitutto vediamo qual fosse l'intenzione del legislatore allorchè dichiarò non aboliti «i vincoli e privilegi esistenti nel regno nell'esercizio della farmacia» (art. 68 legge 22 dicembre 1888).

Secondo il prof. RAGGI il legislatore non volle significare se non che in fatto di vincoli e privilegi *sono mantenute in tutto le legislazioni precedenti* (cfr. *nota* in *Foro italiano*, anno 1905, 1, 892-899). E tale è pure, in sostanza, l'avviso di G. FRANCESCHINI, in *Digesto italiano*, voce *Farmacia*, n. 26 e seg. Siffatta opinione è contrastata da G. BONARELLI (in *Corte d'Ancona*, 1903, V, 61), da G. ASCOLI (*id*. 1904, III, 57) e da non poche sentenze, tra le quali giova ricordare quella 9 marzo 1905 della Cass. Firenze, est. MARCONI (*Temi* 1905, 287) e quella 16 giugno 1906 dell'A. Ancona, a cui conferisce singolare autorità il fatto che fu resa sotto la presidenza dell'illustre professor MORTARA (*Corte Anc.* 1906, 216). Noi, come già altra volta (in questo *Pal. di Giust.* nota 3 a pag. 424 dell'annata 1905), ci schieriamo risolutamente dalla parte del RAGGI e del FRASCESCHINI. Che nel famoso art. 68 si proclami la

luogo pur distante meno di duecento canne dalla viciniore, la quale come tollerò e dovette tollerare allora l'inosservanza della Bolla Clementina, così non può invocare attualmente le prescrizioni della Bolla medesima (3).

La Corte ecc. — La sentenza appellata ha stabilito in punto di fatto che fin da prima che avvenisse il recente trasferimento della farmacia Roberts, essa trovasi situata da tempo immemorabile nella piazza di San Lorenzo in Lucina a distanza minore di quattrocento metri (duecento canne) dal luogo ove è posta la farmacia dello Scellingo.

Che a giudizio della Corte questo fatto non potevasi considerare come una violazione del precetto contenuto nella bolla Clementina, dovendosi piuttosto ritenere che fosse avvenuto per una di quelle permissioni che soleva concedere la Congregazione di sanità, la quale, avendo in materia amplissimi poteri, in forza dell'articolo secondo del suo regolamento permise sovente che nuove farmacie si aprissero a distanza minore di quella stabilita dalla bolla, quando o per la piccola importanza dell'avvenimento o per altre giuste ragioni sembrasse di potersi a ciò acconsentire;

Che l'essere siffatte deroghe ammesse e riconosciute come legittime risultò alla Corte da una decisione della Rota Romana, la quale giustamente potè essere allegata come testimonio e documento del modo come veniva applicata ed interpretata la citata disposizione legislativa; e la cosa era poi avvalorata dal fatto, posto in rilievo dalla sentenza denunziata, che non solo nella piazza in Lucina, ma anche in altri centri della città più farmacie esistevano da tempo remoto senza che fra esse passasse la prescritta distanza:

Che, stabilito tutto ciò, la Corte ne trasse la conseguenza di non potersi lo Scellingo

---

non abolizione dei vincoli e privilegi non può negarsi in buona fede da chi sa leggere. E' vero che in detto articolo si aggiunge «a fine di regolare le indennità», ma si aggiunge pur subito «che *potranno* occorrere», il che dimostra chiaramente come il legislatore non avesse ancora deciso quali vincoli e privilegi fossero indennizzabili o meno.

E se non l'ha deciso il legislatore, non possono deciderlo i magistrati; e quindi è una necessità giuridica il concludere che *tutti* indistintamente i vincoli e privilegi, stabiliti dalle passate legislazioni, sono *conservati*. La conservazione di questi vincoli e privilegi importa naturalmente la conservazione delle norme obbiettive che li riguardano, e soltanto relativamente a ciò deve intendersi che sono ancor oggi in vigore le leggi vecchie.

Per quei lettori che amano di conoscere lo stato dell'*ultima* giurisprudenza rispetto alle diverse regioni del nostro paese, diamo le seguenti notizie.

Stati sardi: vigono tuttavia le RR. Patenti 16 marzo 1839 (Cass. Torino 8 aprile 1902 e 12 maggio 1905, *Giur. Tor.* 1902, 687, e 1905, 991; IV. Sezione Cons. Stato 31 marzo 1905 — due decisioni — *Legge* 1905, 1213, e 1906, 68, con nota adesiva di M. CAPPA, e dec. 9 novembre 1906, *Riv. univ.* 1906, 3, 119; Cass. Roma 29 marzo 1900, *Foro ital.*, 1900, 1, 394).

Liguria: vigono ancora le RR. Patenti 16 gennaio 1841 (A. Genova 26 febbraio e 14 agosto 1906, *Temi gen.* 1906, 181 e 533; Trib. Genova 21 agosto 1906, *Foro ital.* 1906, 1, 1340, con nota adesiva di L. RAGGI). *Contra*: A. Genova 26 ottobre 1906 e 11 giugno 1907, *Temi gen.* 1906, 650, e 1907, 429; Cass. Torino 16 giugno 1906, *Giur. tor.* 1906, 1013. Veggasi pure la decisione 14 aprile 1905 dell'A. Genova, con nota di L. RAGGI in *Foro ital.* 1905, 1, 892.

Lombardo-Veneto: l'esercizio farmaceutico è in tutto libero (A. Venezia 13 febbraio 1904 e Cass. Firenze 5 e 23 marzo 1905, *Temi* 1904, 202, e 1905, 287 e 681). *Contra*, pei diritti derivanti dalla normale austriaca 10 ottobre 1835 ai proprietari di farmacie preesistenti: A. Milano 15 settembre 1905 e Cass. Torino 16 giugno 1906, *Mon. Trib.* 1905, 993, e 1906, 581.

Stati pontifici: vige tuttavia la legge Clementina e l'editto Gamberini (Cass. Roma 7 dicembre 1903, *Pal. Giust.* 1904, 74; Trib. Roma 5 luglio 1905, *id.* 1905, 423; A. Roma 5 marzo 1906, *id.* 1906, 230; Trib. Frosinone 8 giugno 1904, *id.* 1904, 592, nota; A. Ancona 24 marzo 1906, *Corte Anc.* 1906, 1, 105; A. Macerata 1 marzo 1906, *id.* 1906, 1, 102, Consiglio di Stato, Sezioni unite, parere 28 gennaio 1904, *Foro ital.* 1904, 3, 162). *Contra*: A. Ancona 16 giugno 1906, *Corte Anc.* 1906, 1, 216; Trib. Macerata 4 luglio 1906, *id.* 1906, 1, 426; A. Bologna 28 ottobre 1907, *Temi* 1907, 865..

Napoli e Sicilia: vigono i regi decreti 10 aprile 1850 e 29 gennaio 1853 (A. Palermo 20 marzo 1903, *Giur. ital.* 1903, 1, 2, 392; A. Trani 30 giugno 1905 e 2 marzo 1906, *Riv. Giur. Trani* 1905, 915, e *Foro Puglie* 1906, 131; A. Napoli 3 giugno 1907, *Corte app.* 1907, 187; IV Sez. Cons. Stato 5 maggio 1905, *Giur. ital.* 1905, 3, 298).

Notizie anteriori si possono trovare in CAMMEO e VITTA (ORLANDO, *Primo trattato completo di dir. amministrativo*, vol. IV, parte II, pag. 771 e segg.).

dolere che la farmacia Roberts si fosse ultimamente trasferita in un sito distante meno di quattrocento metri da quella di sua proprietà, invocando un privilegio che rispetto alla detta altra farmacia egli non poteva far valere, tostochè non più lo aveva nello stato de' precedenti rapporti che riguardo alla distanza intercedevano tra le due farmacie:

Che cotesta conclusione a cui è pervenuta la Corte debbasi ritenere al tutto legittima; imperocchè per potersi parlare di lesione di un diritto conviene dimostrare che il diritto esistesse e se ne aveva il giuridico godimento quando è accaduto il fatto che si pretende esser lesivo di esso diritto; e se ciò può verificarsi nell'argomento in disputa quando una nuova farmacia venga impiantata o un'antica farmacia venga ad avvicinarsi ad altra, non serbando la distanza legale che prima la separava, non s'intende come si possa allegare un'offesa al diritto che si aveva di non tollerare la maggior vicinanza risultante dal trasferimento di un'antica farmacia, se cotesta maggior vicinanza era diventata, fin da quando la farmacia trasferita trovavasi nell'antico sito, uno stato di dritto col quale riusciva incompatibile il vantato privilegio;

Che non giova qui obbiettare di non potersi invocare la precedente tolleranza come un titolo per commettere un nuovo abuso a cui altri non intenda acquietarsi;

Che la Corte ha del tutto escluso che la minor distanza in cui già trovavasi nella piazza di San Lorenzo in Lucina la farmacia Roberts fosse da attribuire a mera tolleranza per parte del proprietario dell'altra farmacia, avendo invece ritenuto che quella minore distanza costituisse una condizione pienamente legale, e ciò perchè, secondo risultava dalla pratica della Congregazione di Sanità e dalla giurisprudenza della Rota, alla prescrizione della bolla Clementina venne spesso deroga-

---

Come si vede, prevale alquanto l'opinione che anche a noi sembra più giusta, cioè che le norme stabilite dalle passate legislazioni in fatto di vincoli e privilegi nell'esercizio della farmacia conservino oggi la loro efficacia.

Non si confonda, però, col vincolo e col privilegio ciò che non è nè l'una nè l'altra cosa. Noi non sapremmo, ad esempio, riconoscere un vincolo nell'obbligo, che le vecchie leggi di solito facevano, di riportare l'autorizzazione o l'approvazione di questo o quel pubblico ufficiale od ente amministrativo per effettuare l'apertura di una farmacia. Alcune decisioni (Cass. Roma, 29 marzo 1900 e IV Sezione Cons. Stato 31 marzo 1905, *già citate*) ed il RAGGI (*pur citato*) ritengono che si abbia azione in giudizio per impedire il sorgere di farmacie *senza aver invocato prima i suddetti provvedimenti amministrativi*. Ma l'errore non potrebb'essere più evidente. Anche a menar buono che cotali richieste di concessione o cotali approvazioni costituiscano un vincolo — il che a noi sembra addirittura un'assurdità — non è certamente questo uno dei vincoli conservati. Il combinato disposto degli articoli 26 e 68 della legge 22 dicembre 1888 rende ineccepibile la nostra tesi.

L'art. 26, infatti, contiene una norma di ordine generale: per l'apertura di una farmacia occorre dar avviso 15 giorni prima al prefetto. Il successivo art. 68 non pone a ciò restrizione alcuna, e non poteva porla, anche perchè alle vecchie leggi erasi di già derogato in questa parte con gli articoli 111 e 112 del regolamento 6 settembre 1874, n. 2120, modificato col decreto 14 gennaio 1877, n. 3634. D'altronde è risaputo che sempre le nuove norme di procedura soppiantano le antiche, e chi ben consideri la controversia si convincerà subito che il legislatore del 1888, redigendo cotesto art. 68, non ha inteso fare questioni di *forma*, ma unicamente di *sostanza*.

Una via di mezzo tra l'opinione nostra e quella del RAGGI e della ricordata giurisprudenza viene seguita dall'A. Genova 14 aprile 1905 (*già citata*). La Corte genovese dichiara legale l'apertura di una farmacia, col solo preavviso di 15 giorni, al prefetto, nei quartieri o rioni nuovi di una città o paese. In proposito la detta Corte fa richiamo a decisioni consimili del Consiglio di Stato e dell'autorità giudiziaria, decisioni di cui qualcuna può leggersi anche nello studio, da noi citato più indietro, di G. FRANCESCHINI.

Vediamo, ora, quali farmacisti godono dei vincoli e privilegi conservati.

Il RAGGI contesta che fine della legge 22 dicembre 1888 sia stato quello di conservare i vincoli e privilegi a beneficio solo di coloro che al momento della legge godevano dei relativi diritti. «Questo — egli osserva —, è un aggiungere alla legge. Scopo della legge è quello di non innovare, di non abolire nulla in fatto di restrizioni, di vincoli. Essa conservava in vigore i vincoli come norme obbiettive, salvo a provvedere in seguito alla loro abolizione. In tema di vincoli non si tratta perciò di conservare diritti previsti, ma bensì delle norme obbiettive. I diritti non sono che conseguenze possibili delle norme conservate».

Non nascondiamo che la controversia è grave: tuttavia è nostra opinione, condivisa dalla prevalente giurisprudenza, che sia da ritenere l'opposto di quel che ritiene il RAGGI.

to, e ne faceva prova non solo il fatto di trovarsi in diversi punti della città più farmacie a minore distanza di quella fissata come regola, ma la stessa circostanza di essere rimasta la farmacia Roberts nella piazza in Lucina fin da tempo remoto sempre vicina ad altre farmacie, compresa quella dello Scellingo, per men che quattrocento metri, senza che alcun reclamo si levasse da parte de' proprietari delle altre farmacie e senza potersi in alcun modo ammettere che ciò fosse avvenuto alla insaputa e contro il diritto dell'autorità competente;

Che neppure sussiste la censura fatta alla sentenza di aver ritenuto che la licenza potuta accordare dalla potestà amministrativa o l'assentimento, da essa prestato all'impianto o al trasferimento di una farmacia a più breve distanza di quella prescritta, potesse aver fatto perdere alle farmacie vicine il diritto di far valere il loro privilegio presso l'autorità giudiziaria, mentre la Corte ha dovuto pur riconoscere nelle sue considerazioni che il permesso, dato al Roberts dal Prefetto e dal vigente Consiglio di Sanità di operare il recente trasferimento, non poteva essere di ostacolo all'azione promossa dallo Scellingo;

Che la presente questione non consiste nel vedere se non ostante le dette permissioni l'azione proposta dallo Scellingo potesse trovare ingresso in giudizio, del che non si è mai dubitato; ma sta invece nel ricercare se il privilegio per la cui tutela è stata spiegata l'azione potesse esser invocato dall'attore rispetto ad una farmacia che col trasferirsi ultimamente in altro sito non fece che cangiar di luogo, ma non potè oltrepassare un limite di distanza che già prima non esisteva;

Che debbesi a ciò aggiungere di non potersi ritenere che le permissioni, accordate sotto l'impero delle leggi pontificie dalla Congregazione di Sanità in via di deroga alle prescrizioni della Bolla Clementina circa le distanze tra le farmacie, lasciassero impregiudicate le

---

Nulla intuisce che i vincoli siano conservati come norme obbiettive: l'indagine assorbente è un'altra, vedere, cioè, a favore di chi la loro conservazione è stata disposta.

Ora, se il favore dovesse intendersi esteso anche ai farmacisti sorti dopo la legge del 1888, ne conseguirebbe l'assoluta inutilità dell'art. 68: questo non avrebbe più scopo, conterrebbe una platonica dichiarazione, esporrebbe al ridicolo il legislatore, perchè è ridicolo che si faccia una legge per dire: *tra breve emanerò la legge aspettata.* E' principio cardinale che alle disposizioni si deve dare quel senso per cui possono avere qualche effetto, piuttosto che non averne alcuno. L'art. 68 si capisce, e si spiega ed ha effetto se provvede solo ai diritti dei farmacisti anteriori alla legge del 1888, importando al legislatore che non avessero ad aumentare a suo danno le pretese di indennità; è, invece, un articolo senza costrutto, se si segue la tesi avversaria.

Cfr. in proposito Cass. Roma 7 dicembre 1903 (*già citata*) ed A. Roma 1. agosto 1907, *Pal. Giustizia*, 1907, 413.

Sulla questione della competenza dell'autorità giudiziaria prevale oggi l'insegnamento che i tribunali ordinari sono competenti a decidere del risarcimento del danno per abusiva apertura di una farmacia, ma non sono competenti ad ordinare la chiusura della farmacia stessa (veggasi, da ultimo, Cass. Roma, 18 marzo 1907, *Corte anc.* 1907, 1, 51). Noi insistemmo altra volta presso le *Sezioni unite* affinchè si eccettuasse il caso, nel quale anche l'autorità amministrativa avesse ordinato la chiusura, ma i nostri voti non furono esauditi (Cass. Roma 7 dicembre 1903, *già citata*) e tuttora si segue l'identico indirizzo (Cass. Roma 16 aprile 1907, *Foro ital.* 1907, 1, 876).

Per la incompetenza dell'autorità giudiziaria stanno pure: A. Ancona 16 giugno 1906 e Trib. Macerata 4 luglio 1906 (*già citate*); Trib. Fermo 28 febbraio 1905, *Corte Anc.* 1905, 1, 147; Cass. Roma 30 novembre 1905, *Mon. trib.* 1906, 487; Trib. Roma 5 luglio 1905 (*già citata*). Per la competenza, invece, dei tribunali ordinari, ricordiamo: A. Macerata 17 novembre 1905 e 1 marzo 1906, *Corte Anc.* 1906, 1, 94 e 102; Trib. Genova 21 agosto 1906 (*già citata*); Trib. Ancona 28 novembre 1905, *Corte Anc.* 1905, 1, 506.

Checchè sia di tale questione, nessuno mette in dubbio che una farmacia aperta a danno altrui debba chiudersi e il potere amministrativo darà i necessari provvedimenti in proposito (Cons. Stato, Sez. Int., 30 marzo 1906, *Riv. amm.* 1906, 688). Tuttavia il farmacista, ribelle al semplice ordine prefettizio di chiusura, non incorrerà nella contravvenzione contemplata dall'art. 434 cod. penale (Cass. pen. 19 ottobre 1906, *Foro ital.* 1907, 2, 100).

Ora, occupiamoci più particolarmente delle controversie che in tema di farmacie hanno luogo negli ex-Stati pontifici, dove risiede la maggior parte dei nostri lettori.

Abbiamo visto come generalmente si ritenga la non abolizione della legge Clementina e dell'Editto Gamberini. Il valoroso G. ASCOLI, condirettore della *Corte d'Ancona*, si mostra perfettamente sicuro della abolizione del Breve Clementino 5 febbraio 1771, abolizione che, a suo avviso, si sarebbe verificata sotto la stessa legislazione pontificia (*nota* alla sent. dell'A. Ancona 24 marzo 1906, in

ragioni de' farmacisti interessati per reclamare il privilegio della distanza; imperocchè se quei vincoli erano stabiliti nell'interesse delle diverse farmacie ed era tuttavia dato ad un magistrato amministrativo di poterne secondo i casi attenuare il rigore, le concessioni impartite in proposito non potevano non aver l'effetto di far cessare ogni privata querela degli interessati; nè si è potuto affermare dai ricorrenti che reclami ed istanze presso i tribunali ordinari fossero ammessi contro le decisioni del detto magistrato amministrativo nella materia in disputa;

Che certo egli è poi che nessuna azione fu mai proposta dai proprietari della farmacia Scellingo durante tutto il tempo che la farmacia Roberts stette aperta nella piazza in Lucina a distanza minore di quella prescritta dalla bolla: onde la legalità dello stato di detta farmacia sotto tale aspetto debbesi ritenere accettata e riconosciuta anche in quanto poteva riuscir contraria a' privati interessi; e ciò importa di non essersi potuta la legalità stessa venire alterando solo perchè, per effetto dell'operato trasferimento, la minor distanza che già prima esisteva debba ora misurarsi partendo dal diverso punto in cui la farmacia è stata collocata;

Che non giova infine allegare che sebbene situata alla medesima minor distanza di pri-

---

Corte Anc. 1906, 1, 105-110). Però le osservazioni, che egli fa, trovano la loro confutazione nella sentenza 5 luglio 1905 del Trib. Roma (*già citata*) estesa dal chiarissimo giudice avv. CARRETTO.

Con l'ASCOLI, invece, concordiamo pienamente, quando, contro la tesi della richiamata decisione 24 marzo 1906 dell'A. Ancona, egli sostiene che il Breve Clementino contempla unicamente la città di Roma, nonostante quell'avverbio *praecipue* che si legge nel proemio e non è ripetuto nella parte dispositiva del Breve medesimo. In questo senso possono citarsi anche le famose decisioni 12 marzo e 18 giugno 1869 della Rota Romana coram Magno nella celebre causa Sinimberghi (Cons. Cass. Roma 17 maggio 1894, *Corte Suprema* 1894, 2, 454 e 467) e l'altra decisione 4 dicembre 1849, in causa Popolla c. Capitolo di S. Pietro (BELLI, *Giornale del Foro*, anno 1849-50, vol. I, pag. 30-31).

E' controverso se il Breve di Clemente XIV si riferisca soltanto ai *trasporti* o *trasferimenti* di farmacie. L'ASCOLI così crede, e con lui concorda la citata sentenza 24 marzo 1906 dell'A. Ancona, l'altra sentenza 16 giugno 1906 della stessa Corte (*pur citata*) e la mentovata decisione 17 maggio 1894 della Cass. Roma. D'altra parte, l'estensione del Breve anche ai casi d'instituzione di nuove farmacie è sostenuta dall'A. Roma 13 gennaio 1891, est. ALAGGIA (*Foro ital.* 1891, 1, 633) e 1 agosto 1907 (*Pal. Giust.* 1907, 413).

In Roma parecchie antiche farmacie si trovano a distanza minore di quella stabilita dal mentovato Breve. La sentenza, che commentiamo, dice che è a supporsi sia avvenuto ciò per speciale concessione della Congregazione di Sanità, ed in ogni caso niente si oppone a che una farmacia così situata si trasferisca in altro luogo, pur distante meno di 200 canne dalla farmacia viciniore.

Quanto all'Editto Gamberini, esso racchiude veramente la legge regolatrice del servizio farmaceutico in tutto lo Stato pontificio. Secondando l'avviso dell'A. Ancona 24 marzo 1906 (*già citata*), noi riteniamo che l'inadempienza dell'obbligo, fatto dall'Editto Gamberini, di chiedere per l'apertura di una farmacia la preventiva autorizzazione della Congregazione di sanità, non possa formare obbietto di un'azione giudiziaria da parte dell'anteriore farmacista, sia pure al fine del risarcimento dei danni. Le ragioni le abbiamo esposte sopra.

Sussiste, però, il vincolo, di cui all'art. 10 dell'Editto, il limite, cioè, di un minimo di popolazione (*almeno circa* 3000) per ogni farmacia.

La espressione «almeno circa tremila» è da ritenere semplicemente dimostrativa, di guisa che il numero degli abitanti poteva essere superiore o inferiore (Cass. Roma 2 marzo 1907, *Pal. di Giust.* 1907, 386, e 18 novembre 1906, *Corte Anc.* 1907, 1, 7. La popolazione da tenersi presente per tale calcolo è quella dell'intiero Comune, e non soltanto quella agglomerata nel maggior centro (A. Ancona 24 marzo e 16 giugno 1906, *già citate;* G. ASCOLI, in nota alla prima di dette sentenze; A. Bologna 18 ottobre 1907, già citata. *Contra*: Cons. Stato 28 gennaio 1904, *Corte Anc.* 1904, 2, 1). Essa deve esser quella *presente di fatto*, da accertarsi mediante un certificato del Sindaco, non già quella risultante dall'ultimo censimento (Cass. Roma 2 marzo 1907, testè citata; G. ASCOLI, *nota* in *Corte Anc.* 1907, 1, 51-52).

Sempre a riguardo dell'Editto Gamberini si è proposto un importante quesito. Il relativo art. 12 così si esprime: «Un basso farmacista *non potrà* aprire spaccio di medicinali in un Comune ove esistono officine condotte da farmacisti muniti dell'alta matricola, *anche nel caso lo permetta il numero della popolazione*». Questo articolo, si è chiesto O. GALANTI (*Corte Anc.* 1906, 1, 427-429), è ancora in vigore? La risposta affermativa non è parsa dubbia al GALANTI e in verità sembra tale anche a noi, non potendosi negare che, per effetto di detto articolo, i farmacisti veri, ossia quelli forniti di alta matricola, vantano un *privilegio* di fronte ai bassi farmacisti.

AVV. A. S. MARTORELLI.

ma, la farmacia Roberts nel sito attuale possa per altre circostanze aver dato ragione allo Scellingo di dolersi di un avvicinamento che dianzi gli riusciva inoffensivo; imperocchè gli interessi che la bolla Clementina intese garentire ai diversi farmacisti si riassumevano tutti nel vincolo della distanza, e quando questo vincolo sotto l'impero di detta bolla venne legalmente a cessare rispetto a due farmacie, non è lecito andar indagando se, trasferita in altro sito la stessa farmacia potesse riuscire per la sua concorrenza di maggior o minor nocumento ad altra farmacia indipendentemente dalla ragione della vicinanza;

Che debbesi da tutto ciò conchiudere di non essere la Corte di merito caduta in alcuna contraddizione, quando, pur ritenendo di essere rimasta in pieno vigore la bolla Clementina, ha giudicato, in base all'applicazione che ne venne fatta dal magistrato incaricato di dare ad essa esecuzione, di essersi potute arrecare alla regola circa la distanza tra le diverse farmacie delle eccezioni in forma al tutto legittima col consentirsi l'impianto o il trasferimento di qualche farmacia nonostante che venisse a trovarsi più prossima alle altre di quello che non stabilisse la detta bolla; e se poi la Corte ha trovato che questo caso si fosse appunto verificato per la farmacia Roberts, attese le circostanze di fatto rilevate nella sentenza e le illazioni che ne erano da trarre, il suo giudizio in questa parte sfugge ad ogni censura;

Che infine al tutto logica e giuridica debbesi reputare la conclusione finale a cui è pervenuta la Corte di non potere lo Scellingo reclamare il privilegio della distanza per il fatto di essere stata la farmacia Roberts trasferita in altro sito, quando nello stesso sito, in cui dapprima trovavasi, la distanza era sempre minore di quella stabilita dalla bolla ed erasi ciò verificato fin da tempo remoto coll'assentimento della pubblica autorità e senz'alcun contrasto degli interessati, cioè in condizioni che avrebbero tolto allo Scellingo stesso ogni diritto di dolersene, se mai egli, anzichè aspettare che la ditta Roberts trasferisse altrove la propria farmacia, si fosse avvisato di proporre la sua azione per la non rispettata distanza prima che tale trasferimento avvenisse;

Che il ricorso va quindi rigettato;

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

24 aprile 1907 n. 355.

Pagano *Pres.* — Coletti *Est.*

Auda (avv. *G. Rinaldini*) contro Goia ed altri (avv. *R. Mucci* e *G. Ruta*).

Se nella notifica della sentenza di appello il richiedente abbia indicato il proprio domicilio elettivo, è valido il ricorso per cassazione intimato nel detto domicilio (1).

Nonostante il sequestro o il deposito nella Cassa dei Depositi e Prestiti, di somme produttive d'interessi a stregua del patto o della legge, gli interessi dei medesimi seguitano a decorrere a carico del debitore (2).

La Corte ecc. — Non presentasi fondata l'eccezione d'inammissibilità esposta con il controricorso. Risulta che nell'atto di notifica della sentenza, contro cui ora si ricorre, eseguita ad istanza del Gioia, questi è indicato domiciliato come in sentenza, e nella intestazione della sentenza il Goia è detto domiciliato in Roma ed effettivamente al Circo Agonale n. 14, nello studio dell'avv. Felice Gualdi.

Nell'atto di notificazione del ricorso, che è in data 23 novembre ultimo, l'ufficiale giudi-

---

(1) Cfr., da ultimo, Cass. Palermo 31 gennaio 1907, *Foro sic.* 1907, 115. Della Cassazione romana si hanno due decisioni conformi, una del 19 giugno 1903 ed un'altra del 2 dicembre 1905 (*Temi*, 1903, 479, e *Cass. unica civ.* 1905, 455).

La Corte di Cassazione di Firenze, pur non proponendosi la stessa questione, ebbe, or non è molto, a dichiarare inammissibile quel ricorso che risulti notificato al domicilio eletto nella notifica della sentenza di appello, *quando si tratti di un'arbitraria enunciazione dell'usciere* (sent. 24 novembre 1906, est. MELCHIORRE, in *Temi* 1907, 455). Anche altra volta la Cassazione fiorentina mise fuori pel caso dell'appello la identica teorica (sent. 6 dicembre 1906, est. MARCONI, in *Temi* 1907, 44), ma noi non sappiamo aderirvi perchè, se dall'arbitrio dell'usciere possono nascer danni a carico della parte che gli affidò la notifica, non può ridondare a jattura del notificato la violazione del mandato a cui egli fu e deve rimanere estraneo.

(2) Ciò vale tanto pel caso del sequestro, che per quello del pignoramento.

Conforme: Cass. Roma 15 giugno 1897 e 30 giugno 1899 (*Giur. ital.* 1897, 1, 1, 893, e *Foro ital.* 1899, 1, 1256; Cass. Palermo 28 marzo 1889, *Circ. giur.* 1889, 223; A. Roma 5 marzo 1898, *Giur. ital.* 1898, 1, 2, 215; G. PIOLA, in *Digesto italiano*, voce *Interessi*, n. 15.

ziario riferisce che, il Goia non abitando più in via Napoleone III n. 43, domicilio indicato dall'ufficio di anagrafe, la notifica veniva eseguita nel suo domicilio eletto, cioè al Circo Agonale n. 14, presso l'avv. Felice Gualdi.

Ciò premesso, non essendo prescritto che nella notifica delle sentenze debba la parte che notifica indicare il suo domicilio, la indicazione eseguita dal Goia non può altrimenti intendersi che come elezione di domicilio ove il ricorso avrebbe dovuto essere intimato. Se questo è, deve pure riconoscersi che la notifica fatta al Goia al Circo Agonale nello studio dell'avv. Gualdi non importa violazione dell'art. 525 in relazione agli art. 135 e 139 codice proc. civ., nè il Goia ha ragione di lamentarsene, essendo il ricorso stato notificato nel modo da lui voluto; altrimenti ritenendo, potrebbero aver luogo sorprese che la legge non può legittimare e anche a difficoltà, se non impossibilità, di eseguire regolarmente la notifica del ricorso.

Attesochè, sul secondo mezzo, la Corte di Appello con la denunciata sentenza, nel riformare in questa parte l'altra del Tribunale, sulla questione se i creditori in seguito ai patti stipulati col rogito Buttaoni 10 luglio 1903, dovevano contentarsi degli interessi che la somma depositata andava a fruttare nella Cassa de' Depositi e Prestiti, oppure avevano diritto di esigere dagli eredi della Theodoli gl'interessi legali, che sono in maggior misura, ragiona in questi termini:

« Col rogito Buttaoni summenzionato gli eredi Aquari (terzi pignorati), volendo pagare il loro debito e ad un tempo liberarsi da ogni possibile responsabilità in vista dei sequestri e pignoramenti che gravavano sulla somma da essi dovuta, pagavano, ma a condizione che la somma venisse versata alla Cassa Depositi e Prestiti in una polizza intestata agli eredi Theodoli vincolata ai costoro creditori, e da non pagarsi che per sentenza dell'autorità giudiziaria o a seguito di regolare transazione conforme al decreto.

Ora, di fronte a questo stato di cose, il cennato rogito, anzichè *costituire una qualsiasi novazione*, non rappresenta, quanto al deposito della somma, che una semplice misura di tutela, punto innovativa dei reciproci rapporti dei creditori e debitori fra le parti in causa; restando la Cassa rispetto ad essi quale semplice depositaria della somma a di loro favore vincolata, e quindi nè per effetto del citato rogito, nè per legge possonsi i debitori Auda esimere dall'obbligo di corrispondere gl'interessi fino a quando non venga in realtà estinta la loro obbligazione ».

L'apprezzamento, non oppugnabile, che la sentenza fa della convenzione del rogito Buttaoni toglie efficacia alle argomentazioni della parte ricorrente; imperocchè, se in forza della sentenza i rapporti giuridici tra le parti, anche dopo le convenzioni, restarono, in quanto alla corresponsione degl'interessi, perfettamente immutati, è opera vana venire qui sostenendo che essi cangiarono e che i debitori restarono liberati dal corrispondere gl'interessi dovuti.

Nè è valido argomento quello che il deposito alla Cassa costituiva un sequestro convenzionale e che sulla somma depositata gl'interessi o frutti sono dovuti in quanto la cosa stessa li produca in conformità degli art. 1872 e 1852 Cod. civile. Una cosa è l'obbligo del depositario, ed altra cosa sono gli obblighi che il debitore ha verso il creditore, e il sequestro convenzionale, che è misura di cautela diretta alla conservazione pendente la lite dell'oggetto controverso, non libera il debitore dal pagamento degl'interessi dovuti per patto o per legge.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

29 aprile 1907 n. 371

Caselli *Pres.* — Natale *Est.*

Negri (avv. *A. Barbieri*) contro Bagnoli (avvocato *V. Bassani*).

Dinanzi ai pretori, come dinanzi ai tribunali, il cangiamento di stato di una delle parti non opera sino a quando esso non sia legalmente notificato all'altra parte, che, quindi, può benissimo ignorarlo e continuare in buona fede il giudizio (1).

---

(1) Sul punto che la riassunzione d'istanza è obbligatoria solamente quando sia stato notificato alla controparte l'avveramento di uno dei casi previsti dall'art. 332 cod. proc. civile, si vegga da ultimo: Cass. Napoli 9 gennaio 1907, est. BIANCO, in *Corte d'appello*, anno 1907, pag. 52.

Avvertasi, però, che, secondo la recente decisione 19 gennaio 1907 della Cass. Palermo (*Foro ital.* 1907, 1, 450), non sarebbe applicabile dinanzi ai pretori l'art. 333 cod. suddetto, e quindi per uno dei casi ivi previsti non avrebbe luogo dinanzi ai pretori la interruzione del procedimento.

La Corte, ecc. — Tutte le deduzioni della ricorrente Alda Negri si basano sulla nullità degli atti, che non furono notificati a lei, divenuta maggiore di età nel 22 novembre 1905.

Ora incominciando dal giudizio di cognizione, è certo che la sentenza di condanna, emessa il 14 maggio 1905, fu giustamente notificata il 28 detto alla sola madre Clotilde Monti, che in quel tempo aveva la rappresentanza legale della detta Alda, e degli altri minorenni. Venendo poi al giudizio di esecuzione non può esservi dubbio che il pignoramento dei mobili fu ben diretto contro la madre ai 3 aprile 1905 quando la figlia Alda non aveva raggiunto la età maggiore.

Resta a vedere se siano irregolari gli atti posteriori, provocati dalla domanda in separazione di Amalia Negri, zia della ricorrente Alda, e notificati alla sola madre, in mancanza di notificazione dell'avvenuto cangiamento di stato. I giudici del merito dissero di no, e il Supremo Collegio non può che plaudire ai ragionamenti sui quali fu basato il loro pronunziato. Infatti, è universalmente ammesso che il cangiamento di stato di una delle parti, in corso di causa, non opera sino a quando cotesto cangiamento non è legalmente notificato dall'altra parte, che può benissimo ignorarlo, e continuare in buona fede il giudizio. Nella specie, nè la zia reclamante, nè la madre debitrice, nè la stessa figlia divenuta maggiore ebbero cura di notificare al creditore procedente il passaggio di costei alla maggiore età, ai sensi e per gli effetti dell'art. 332 e seguenti cod. proc. civile. Onde ben dissero i primi giudici che a niun di loro sarebbe lecito di eccepire la nullità da essi medesimi cagionata.

In quanto poi alla pretesa inapplicabilità delle su cennate teorie a' giudizi pretoriali basterà osservare che il cangiamento di stato può avvenire così nei giudizi dinanzi ai Tribunali, come nei giudizi innanzi ai pretori; e che quando esso si verifica nelle cause pretoriali, non vi è altra norma che quella stabilita per le cause dei Tribunali, giusta l'art. 447 codice proc. civile.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 maggio 1907, n. 386

Pagano *Pres.* — Niutta *Est.*

Dalla Noce (avv. *C. Bojardi*) contro Hussein Cherif. Bey (avv. *A. L. Ferreri*) e Pini (avvocato *C. Carranti*).

Non viola le regole di diritto e le disposizioni di legge intorno alla presunzione di proprietà risultante dal possesso delle cose mobili il magistrato che giudica appartenere al marito rivendicante i gioielli pignorati da un creditore della moglie, quantunque gli oggetti siano stati trovati nel cassetto d'un canterano la di cui chiave trovavasi presso la moglie, se lo stesso giudice ritiene equivoco il possesso che dei gioielli aveva la moglie, in quanto detto canterano stava nella stanza abitata da entrambi i coniugi (1).

Il creditore procedente per le vie esecutive contro il proprio debitore assume la qualità di terzo e non di avente causa del debitore, rispetto a coloro che pretendono di aver la proprietà delle cose sulle quali, come beni formanti la sua garanzia, il creditore medesimo spiega la sua azione; e quindi non fanno stato contro di lui le dichiarazioni del debitore sulla proprietà delle cose pignorate (2).

In una controversia sullo appartenere dei gioielli all'uno o all'altro di due conjugi sono illazioni incensurabili quelle che sulla proprietà di essi spettante al marito il magistrato deduce dai fatti, accertati convenien-

---

(1-3) Argomento interessantissimo perchè in pratica sono pressochè quotidiane le controversie del genere di quella decisa con la sentenza che pubblichiamo. Veggansi al riguardo le *note* a pag. 24 e 47 dell'annata 1905 di questa Raccolta, nonchè A. S. MARTORELLI, *Reclamo di mobili pignorati e pretesa applicazione della presunzione Muciana*, nella stessa Raccolta, anno 1904, pag. 448-449. Sulla presunzione Muciana è pur notevole lo scritto del professor L. RAMPONI, in *Giurisprudenza italiana*, 1903, 1, 2, 117-118.

— (2) La Cassazione romana non fu sempre di questo parere, anzi può dirsi che la giurisprudenza sua è per la tesi contraria (cfr. le decisioni 2 maggio 1884 e 8 gennaio 1897, *Giur. ital.* XXXVI, 1, 1, 519, e *Legge*, 1897, 1, 289). Tale tesi è pur sostenuta dal RICCI (*Comm. al cod. di proc. civ.*, III, n. 132), dalla Cass. Torino 22 luglio 1901, *Foro ital.* 1901, 1, 1437, e 2 giugno 1898, *id.* 1898, 1, 806, dalla Cass. Napoli, 14 febbraio 1904, *Corte app.* 1904, 106, ecc., Cons., però, A. Roma 17 dicembre 1890, in *Giur. ital.* 1891, 1, 2, 110, CUZZERI, *Comm. al Cod. di proc. civ.*, art. 613 n. 6, Cass. Firenze 25 maggio 1905, in *Mon. pret.* 1905, 567.

temente, che la moglie, priva di beni propri, non sia in condizione da aver potuto acquistare i gioielli in questione di notevole valore, e che il marito sia invece persona assai facoltosa; tanto più se, per la nazionalità del marito (nella specie egiziana) e per la legge regolatrice del matrimonio (nella specie, mussulmana) non possa farsi luogo alla presunzione che si trattasse d'uno di quei doni fatti brevi manu *dal marito alla propria moglie* (3).

Chi con sentenza confermata in appello è stato condannato al risarcimento dei danni per un pignoramento dichiarato nullo non può dolersi che la sentenza di secondo grado non contenga i motivi di tale condanna, se, tanto in primo quanto in secondo grado, egli non sollevò alcuna quistione e non propose alcuna conclusione al riguardo, limitandosi ad invocare il rigetto della domanda di nullità proposta dal proprietario degli oggetti rivendicati (4).

La Corte ecc. — Considera che Eugenio Dalla Noce, creditore della somma di lire tremila (L. 3000) verso la signora Amedea Pini moglie di Hussein Cheriff Bey in forza di una sentenza del Tribunale di Bologna, fece procedere ad un pignoramento di mobili in una villa dove i detti coniugi trovavansi a dimorare, e vennero in tal guisa assicurate due spille di oro con pietre preziose, che erano rinchiuse in un canterano di cui la Pini custodiva la chiave;

Che nell'atto del pignoramento la Pini dichiarò di appartenere i due gioielli e tutto quanto rinvenivasi nella stanza abitata dai coniugi al proprio marito, il quale, confermando cotesta dichiarazione, propose all'uopo formale domanda di separazione che venne accolta dal Tribunale di Bologna con sentenza confermata da quella Corte con pronunzia del 23 giugno 1906;

Che avverso quest'ultima sentenza il Dalla Noce ha fatto ricorso chiedendone l'annullamento per tre motivi;

Che col *primo motivo* si deduce la violazione delle regole di diritto e delle disposizioni di legge intorno alla presunzione di proprietà risultante dal possesso delle cose mobili ed all'onere della prova che spetta al rivendicante, dappoichè la Corte, mentre ha ammesso in punto di fatto che i due gioielli trovavansi in un cassetto custodito dalla Pini, ha poi negato di costituire ciò la prova del possesso che quella ne aveva ed ha ritenuto l'incombenza al creditore pignorante dell'obbligo di provare che gli oggetti fossero di proprietà della sua debitrice;

Che la censura non ha fondamento, essendo stato avviso della Corte di non potersi risolvere la controversia circa la proprietà dei gioielli in base al possesso che ne avesse l'uno o l'altro coniuge, per essere equivoco un tal possesso, posto che quelli furono rinvenuti nella stanza abitata da entrambi;

Che ciò costituisce un apprezzamento insindacabile contro il quale non vale addurre che la ritenuta circostanza di trovarsi presso la Pini la chiave del cassetto dove erano riposti i gioielli dovesse condurre ad una diversa conclusione; imperocchè apparisce chiaramente dal ragionamento della sentenza che quella circostanza, posta a riscontro del fatto di convivere i coniugi nella medesima stanza, non poteva significare altro se non che la moglie avesse in custodia i gioielli destinati a suo uso, non già che ne avesse il possesso a titolo di proprietaria;

Che, per quanto attiene all'onere della prova, il ricorrente censura a buon diritto una proposizione della sentenza, là dov'è detto che, avendo la Pini affermato nell'atto del pignoramento di essere di proprietà del marito i due gioielli, cotesta dichiarazione dovesse fare stato contro il Dalla Noce che agiva *ex juribus* della sua debitrice;

Che manifesto è l'errore contenuto in questa proposizione; imperocchè, quando il creditore procede per le vie esecutive contro il proprio debitore, non è da questo che egli ripete il suo diritto, bensì dalla legge; onde è innegabile la qualità di terzo e non già di avente causa del debitore che egli viene ad assumere rispetto a coloro che pretendono di aver essi la proprietà delle cose sulle quali, come beni formanti la sua garanzia, il creditore spiega la sua azione;

Che, a malgrado di questo erroneo concetto espresso nella sentenza, la medesima rimane sorretta dalla dimostrazione che ha fatta la Corte degli argomenti onde, nel suo avviso, avevasi a ritenere provata la proprietà

— (4) Ciò è pure una conseguenza diretta del principio che in sede di cassazione non si possono proporre quistioni non ventilate e discusse dinanzi al magistrato del merito.

degli oggetti pignorati per parte del rivendicante; poichè debbesi del tutto escludere che la domanda di separazione sia stata accolta per il solo fatto d'avere la Pini dichiarato di appartenere al marito i due gioielli;

Che vien qui l'esame del *secondo mezzo del ricorso*, con cui si sostiene di essere dominato da un erroneo concetto giuridico il giudizio espresso dalla Corte sul valore della prova fornita dall'Hussein Cheriff per dimostrare che i gioielli fossero suoi, in quanto che cotal prova non in altro sarebbe consistita se non in presunzioni dedotte, non già da fatti certi e sicuri, ma da altre presunzioni;

Che manca di consistenza anche questa censura; imperocchè la Corte ha posto come fondamento della sua argomentazione due fatti convenientemente accertati: il primo, che la Pini non avesse beni propri, e non fosse quindi in tal condizione da poter avere acquistato gioielli del valore di quelli pignorati, i quali, apprezzati nell'atto del pignoramento per lire tremilacinquecento (L. 3500), non si contrasta che avessero un valore di molto superiore a tale cifra; il secondo, che il marito della Pini fosse persona assai facoltosa, come Bey e figlio di Pascià che egli era;

Che ciò la Corte desunse dall'atto di matrimonio dei due coniugi celebrato in Cairo secondo il rito e la legge musulmana, in conformità della qual legge lo sposo costituì alla sposa una dote di sole trenta (30) lire sterline e nessuna menzione nell'atto stesso si conteneva di oggetti corredali che avesse la sposa recati seco; sicchè, tenuto conto della tenuità della dote e della nessuna altra possidenza che aveva la Pini, non potevasi ritenere che i due gioielli, i quali avevano per giunta carattere di fattura orientale, fossero stati da lei acquistati con proprio danaro; mentre, da altro canto, da nulla appariva che lo sposo gliene avesse fatto dono piuttosto che lasciargliene il semplice uso;

Che il ricorrente obbietta di avere in tal modo la Corte ritenuto di non poter la moglie aver altri beni se non per donazione del marito; ma l'obbiezione vien meno quando manca ogni prova che la moglie avesse avuto beni propri per poter acquistare gioielli di considerevole valore che, secondo il giudizio della Corte, tutto induceva a ritenere che appartenessero al marito, senza che per la nazionalità di costui e per la legge che regolava il matrimonio potesse farsi luogo neppure alla presunzione che si trattasse di uno di quei doni fatti *brevi manu* dal marito alla propria moglie;

Che col *terzo mezzo* si duole il ricorrente di aver la Corte confermato la sentenza del Tribunale anche nel capo relativo alla condanna al risarcimento di danni senza motivare in proposito, mentre una simile condanna non può ritenersi come conseguenza necessaria della nullità del pignoramento;

Che cotesta doglianza non trova luogo, non avendo il Dalla Noce presentato alla Corte alcuna specifica conclusione per la revoca di detto capo della sentenza del Tribunale; e ciò era necessario che egli facesse, non bastando l'avere domandato in termini generici il rigetto della domanda dell'Hussein Cheriff, senza fare alcuna apposita istanza perchè in ogni modo venisse esclusa la responsabilità per i danni a cui potè aver dato causa il pignoramento, massime quando neanche presso il Tribunale si era fatta al riguardo alcuna particolare discussione;

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

8 maggio 1907 n. 405

Baudana *Pres.* — Cerza *Est.*

Gaeta (avv. *L. Rossini*) contro Amici (avvocati *A. Secreti* e *G. Manna*).

Anche se il debitore abbia accettata con regolare atto la sentenza di condanna, non può procedersi all'esecuzione forzata contro di lui se prima non gli si notifica al domicilio reale la sentenza medesima (1).

Un atto intimato come precetto e per tale qualificato ed annullato, non può sostenersi che sia un atto di costituzione in mora, onde lasciarne le spese a carico dell'avversario (2).

---

(1) Sulla necessità di notificare il titolo esecutivo al domicilio reale vedi la stessa Cass. Roma nella decisione 30 gennaio 1907, in questa Raccolta, anno corr., pag. 115 con richiami in nota.

(2) Naturalmente non è lasciato al capriccio delle parti di sconfessare il loro operato, e d'altronde è rimesso al giudice di valutare con retto criterio gli atti, i contratti e le domande stesse proposte alla sua decisione. Cfr. A. Trani 15 dicembre 1906, *Rass. giur.*, 1905, 319. — Vi sono, però, degli atti

La Corte ecc. — Osserva che va respinto il primo mezzo del ricorso relativo alla ritenuta nullità del precetto mobiliare, essendo stata la nullità stessa correttamente ritenuta dai magistrati di merito. E di vero l'art. 562 del codice proc. civ. dispone che l'esecuzione forzata deve essere preceduta dalla notificazione del titolo esecutivo al debitore e del precetto. E se è vero che l'esecuzione mobiliare comincia col pignoramento non è men vero che il precetto è l'atto preliminare richiesto dalla legge per l'esecuzione stessa, come quello che contiene l'ingiunzione del debitore di pagare nel termine di cinque giorni il suo debito emergente dal titolo esecutivo. E tale ingiunzione ha per necessario presupposto la precedente o contemporanea notificazione del titolo in forza del quale si minaccia l'esecuzione.

Ed è ovvio che solo con la notificazione del titolo il debitore è messo in grado di vedere se deve adempiere alla sua obbligazione, ovvero se deve opporsi al precetto per evitare la esecuzione. E che sia questa la vera *ratio legis* risulta dalla stessa locuzione adottata nell'art. 562 nel quale si parla prima del titolo esecutivo e poi del precetto.

Nè, nel concreto caso, il creditore poteva ritenersi dispensato dall'obbligo di notificare il titolo esecutivo pel fatto che il debitore aveva già accettata la sentenza di condanna, perchè, come correttamente dissero i magistrati di merito, non è lecito sostituire equipollenti all'espresso precetto della legge, la quale richiede tale notificazione come condizione essenziale della validità dell'esecuzione.

Che va del pari respinto il secondo mezzo del ricorso, perchè ritenuta la nullità del precetto ne derivava come logica conseguenza la validità dell'offerta reale fatta dal debitore Amici senza l'importo dell'atto nullo. E correttamente ha pur ritenuto il Tribunale che, trattandosi della tenue somma di lire 49, assegnata dal magistrato per spese giudiziali, essa non era produttiva di interessi, anche perchè col precetto non furono chiesti e l'offerta fu fatta tre giorni dopo il precetto dichiarato nullo. Nè vi erano state altre spese oltre di quelle del precetto che essendo stato annullato non erano dovute.

Infine non ha alcun fondamento l'appunto di omessa motivazione sulla deduzione che il precetto annullato avrebbe dovuto ritenersi per lo meno come atto di costituzione in mora e quindi mettere a carico del debitore l'importo del detto atto, perchè, a prescindere che la cennata deduzione non fu fatta innanzi ai magistrati di merito con capo specifico di conclusione, giova notare che, dal momento che i detti magistrati ritennero in fatto che l'atto 6 agosto 1905 fu intimato come precetto, e che in virtù di esso fu poi proceduto a pignoramento, non potevano attribuire a questo atto caratteri ed effetti diversi da quelli che gli aveva attribuito lo stesso debitore De Maggi.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

15 giugno 1907, n. 530

Basile *Pres.* — Niutta *Est.*

Trabalza Marinucci (avv. *G. Morelli-Gualtierotti*) contro Santi (avv. *S. Lupacchioli*).

Il decidere se una sentenza abbia ammesso due prove testimoniali distinte ovvero un'unica prova ed una controprova indiretta è apprezzamento insindacabile del giudice di merito (1).

Quando trattasi di due prove testimoniali, i termini per raccoglierle decorrono con reciproca indipendenza (2).

---

giudiziali che, se non sortono il loro effetto diretto, quale è in mente dell'autore, pure raggiungono uno scopo secondario di notevole importanza. Valga, ad esempio, il caso contemplato dall'art. 440 cod. proc. civile, secondo cui se nè l'attore, nè il convenuto compariscano all'udienza stabilita nell'atto di citazione, questa si ha per non avvenuta; tuttavia essa conserva l'efficacia d'interrompere la prescrizione ecc. (Cass. Napoli 10 dicembre 1906, *Corte app.*, 1907, 49).

(1) Il dubbio se siano state ammesse due prove distinte ovvero una prova ed una controprova indiretta da espletarsi nel corso della riprova può — secondo noi — apparire soltanto allora che nelle considerazioni della sentenza ammissiva delle prove testimoniali chieste dall'attore e dal convenuto trovisi detto che il convenuto dimostrerà, in linea di riprova, anche i fatti da lui dedotti — e nel dispositivo nulla si contenga al riguardo. Veggasi, ad esempio, la sentenza 6 maggio 1907 n. 886 del Trib. civ. di Roma in causa Trinca c. Di Marco. Fuori di questo caso, non ci sembra che possa negarsi che, se il dispositivo della sentenza ammette l'attore e il convenuto alla prova dei fatti rispettivi, tali prove debbon sempre considerarsi distinte.

(2) Giurisprudenza incontrovertibile. Cfr. A. Genova 30 maggio 1902, *Legge* 1902, 2, 233 con richiami nella nota.

L'appellante principale può esser condannato alle intiere spese del giudizio di appello, anche se abbia ottenuto la reiezione dell'appello incidente sollevato dall'avversario (3).

La Corte ecc. — Osserva che col primo motivo sostiene il ricorrente che il termine per fare gli esami testimoniali non può essere che un solo per entrambe le parti, e che non stavi luogo a distinguere tra prova contraria intesa a negare i fatti affermati dalla parte avversaria e prova contraria consistente nella dimostrazione di altri fatti, che valgano indirettamente a far cadere l'opposto assunto:

Che quindi, secondo il ricorrente, il Tribunale avrebbe errato nel considerare la prova del fatto specifico che i convenuti furono autorizzati a dimostrare per mezzo di testimoni per fare escludere la domanda contro di essi proposta, come se fosse un'inchiesta di per sè stante, la quale doveva seguire un procedimento indipendente da quello della prova principale che l'attore era stato ammesso a fare;

Che in proposito vuolsi osservare di avere il Tribunale ritenuto con giudizio insindacabile che colla sentenza, con cui fu ordinata la prova, intese il Pretore ammettere due prove distinte, per quanto si riferissero alla medesima questione, l'una delle quali prove era quella chiesta dall'attore per dimostrare la propria domanda, l'altra era quella chiesta dai convenuti per dimostrare come la domanda stessa non avesse fondamento, perchè causa del danno prodotto dal fumo uscente dall'officina dei coniugi Santi-Cocciarelli era un fatto addebitabile al medesimo attore;

Che trattandosi di due inchieste distinte ciascuna delle quali comportava il diritto alla riprova, secondo fu pure espressamente dichiarato nella sentenza del Pretore, il Tribunale giudicò di non potersi reputare decaduti i coniugi Cocciarelli dal diritto di far eseguire la prova sul fatto specifico, che essi avevano opposto all'attore, in un giorno da fissarsi appositamente, senza aversi riguardo all'assegnazione già fatta ad istanza del Trabalza per l'inchiesta da eseguirsi nell'interesse di lui;

Che data una tale interpretazione della sentenza del Pretore, e dato il punto di fatto da cui il Tribunale è partito, che cioè fossero state ammesse contemporaneamente due prove o inchieste, e che quella consentita ai coniugi Santi-Cocciarelli mirava a porre in essere fatti e circostanze nuove, anzichè a combattere quanto si era affermato e intendevasi provare dall'attore, non può in alcun modo censurarsi la conseguenza, a cui lo stesso Tribunale è venuto, di non potere i detti coniugi aver perduto il diritto di fare eseguire la diversa prova che furono autorizzati a fare, sol perchè non curarono di notificare la lista dei propri testimoni nel termine di cinque giorni prima di quello stabilito per la prova da farsi dall'altra parte;

Che la decadenza potevasi verificare soltanto riguardo al diritto di impugnare quest'ultima prova ed il Tribunale non ha esitato ad accogliere in tal punto la istanza del Trabalza; ma riguardo all'altra prova, che doveva essere direttamente presentata dai coniugi Cocciarelli, nessuna decadenza si era potuta verificare se il termine per eseguirla non era ancora trascorso e non era stato neppure fissato il giorno per poterla sperimentare, come era necessario che avvenisse, trattandosi a giudizio dei magistrati di merito di un'inchiesta distinta dall'altra, e la cui esecuzione doveva aver luogo a cura della parte ammessa a farla con proprio e separato procedimento;

Che, del resto, la decorrenza simultanea dei termini, quando trattasi di provare fatti diversi da quelli che formano oggetto della prova a cui sia stato ammesso l'altro contendente, viene ad essere esclusa come necessità procedurale dall'art. 229 del Codice di procedura civile, il quale dispone che, se vogliano provarsi fatti nuovi, i medesimi debbono essere dedotti nel termine di 15 giorni da quello in cui sia diventata eseguibile l'altra prova già ammessa; il che dimostra come il termine e le formalità concorrenti per gli esami testimoniali sui nuovi fatti dedotti possano avere per virtù della stessa legge un corso e uno svolgimento al tutto distinto da quello a cui dà luogo l'esperimento della prova principale:

Che col secondo mezzo il ricorrente si duole di averlo il Tribunale condannato nelle spese come soccombente, mentre, essendo stato respinto anche l'appello incidentale proposto

(3) Plaudiamo al principio e vorremmo che i magistrati se ne ricordassero più sovente, invece di compensare — come fanno di solito — le intiere spese del giudizio di appello pel futile pretesto che sia stato rigettato anche il gravame incidentale, sorto soltanto in occasione dell'appellazione principale. Neppure l'equità consente, almeno di solito, l'adozione di simile norma.

dall'altra parte, la soccombenza dovevasi ritenere reciproca;

Che la censura non regge, imperocchè il rigetto dell'appello incidente, il quale potè essere proposto per semplice consiglio di difesa contro l'appello principale, non vietava ai giudici del merito di far ricadere le intere spese di giudizio su chi ad esso aveva dato causa con un gravame privo di fondamento;

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

19 giugno 1907 n. 539

Pagano *Pres.* — Setti *Est.*

Maccaferri (avv. *A. Barbieri* e *C. Bauduna*) contro Bambini (avv. *L. Nadalini*).

In materia di simulazione è preliminare all'apprezzamento di tutti gli indizi la indagine sulla causa simulandi (1).

L'*actio in fraudem* (pauliana) *non può sperimentarsi da colui che non vanta un credito preesistente all'atto impugnato; ma la semplice proposizione di una querela non basta a costituire il querelante creditore dei danni verso il querelato prima che sia intervenuta la sentenza penale di condanna, e quindi non può il querelante sperimentare nel frattempo l'azione pauliana* (2).

La Corte ecc. — Considera, quanto al lamentato difetto di motivazione, contraddizione e violazione del precedente giudicato, che sta in fatto che la stessa Corte con la precedente sentenza del 1905 aveva detto soltanto questo: «prima di discutere ed apprezzare il giusto valore dei pretesi indizi di simulazione addotti dalla Maccaferri (fra i quali era quello relativo alle condizioni finanziarie del Bambini, che non gli potevano consentir l'acquisto dell'immobile per il prezzo di lire 12 mila, indizio ripudiato dalla Corte di Bologna), era necessario stabilire la sussistenza o meno della causa a simulare, perchè, questa esclusa, tutto il ragionamento della Maccaferri sarebbe crollato come privo di base».

E soggiunse allora la Corte che, quantunque potesse apparire strano a primo aspetto che, pel solo fatto di una querela a suo carico, il Fornasari (non gravato di altre passività, oltre quella ipotecaria di L. 1400 a favore della Cassa di risparmio) volesse simulatamente disfarsi della sua proprietà ed assoggettarsi in tal modo alle rilevanti spese notarili, ecc. — pure, avuto riguardo ai motivi di rancore che nutriva il Fornasari stesso verso la Maccaferri, era possibile persuadersi della causa a simulare.

Ma che nondimeno, a togliere alla eccezione di simulazione ogni attendibilità, occorreva ordinare la prova diretta a dimostrare che *prima della rottura* dei rapporti tra le parti, prima della querela, il Fornasari aveva già divisato di vendere la sua casa al Bambini. E la sentenza disse pure che invano la Maccaferri aveva aggiunto come altro indizio di simulazione il fatto che il Fornasari e la madre continuavano ad abitare la casa apparentemente venduta, e che il debito ipotecario delle L. 1400 accollatosi dal Bambini fu invece pagato dallo stesso Fornasari, perchè per il giusto apprezzamento di tutti gli indizi era preliminarmente necessaria l'indagine sulla esistenza o meno della causa a simulare.

Ora la Corte, dopo i risultati della prova testimoniale, ha dimostrato di esser convinta che le pratiche della casa in parola furono iniziate prima della querela, ed in epoca non sospetta e che bastava come causa del contratto la necessità nel Fornasari di estinguere il debito verso la Cassa di Risparmio. Essa si è convinta che il debito fu estinto col danaro ritratto dalla vendita della casa e che la quietanza fu rilasciata in testa al debitore sia perchè la Cassa non era intervenuta in quel contratto, sia perchè i suoi statuti non permettevano di fare altrimenti. Ha detto finalmente

---

(1) Un simile principio è de' più ovvii, eppure i magistrati bene spesso lo dimenticano. Conforme: Cass. Roma 25 giugno 1904, est. DE ALOISIO, in questa Raccolta, 1904, 481, con nota. Cfr. anche A. Roma 6 dicembre 1906, est. CANTONE, *id.*, anno corr., pag. 79.

(2) Che non sia concessa l'impugnativa per frode a chi non era ancora creditore quando l'atto impugnato si stipulava è dottrina comunemente ricevuta. Cfr., da ultimo, Cass. Torino 28 giugno 1906, *Giur. tor.* 1906, 1133, e A. Firenze 31 luglio 1906, *Mon. Pret.* 1906, 532, importante sentenza questa perchè ritenne pure non esser necessario che la scrittura del creditore frodato abbia la data certa nelle forme indicate dall'art. 1327 cod. civile.

Sull'argomento in genere, e specialmente sui rapporti tra frode e simulazione, vedi A. Roma 19 maggio 1904 e 1 aprile 1905, in questa Raccolta, 1904, 276, e 1905, 220. Cfr. anche MIRABELLI, *Del diritto dei terzi*, Torino, 1889.

che l'unico indizio serio di simulazione sarebbe stato quello della permanenza del possesso dell'immobile venduto nel venditore per l'interposta persona della madre di lui; ma che però, in mancanza di altre presunzioni gravi, precise e concordanti, tale indizio, non congiunto a congrua causa di simulazione, non poteva costituire la prova richiesta per la simulazione stessa.

Dunque mal si sostiene che la sentenza manchi di motivazione, come mal regge l'accusa di contraddirsi col precedente giudicato per aver detto la Corte che con questa prima sentenza era stata esclusa la *causa simulandi* per la possibilità della querela penale; imperocchè in sostanza allora si disse che non per la possibilità della querela, ma piuttosto per i rancori che nutriva il Fornasari verso la Maccaferri era *possibile* persuadersi della causa a simulare. Tutto, insomma, fu allora accennato come possibile, ma nulla di certo e di definitivo fu ammesso e deciso, così da non poter essere poi modificato o dal nuovo esame della causa o dalle risultanze di nuova istruttoria.

La sentenza non avrà forse seguito passo passo le diverse argomentazioni della Maccaferri, ma essa se ne occupò anche più di quanto era necessario a costituire la sua giusta motivazione.

Assume la Maccaferri col terzo mezzo che la Corte violò l'art. 1235 cod. civ., perchè ritenne inammissibile l'azione pauliana sul riflesso che la Maccaferri non aveva un credito preesistente all'atto impugnato per frode e commesso dal Fornasari ai suoi danni, dovendosi ritenere che il preteso credito di lei (diritto al risarcimento dei danni da reato) ebbe vita soltanto dopo la sentenza penale di condanna del Fornasari, e che fu posteriore alla vendita della sua casa al Bambini. Ma l'assunto non regge nè in fatto nè in diritto.

Non regge in fatto perchè la sentenza denunciata non ha detto mai che il reato commesso dal Fornasari e consistente in ingiurie e in diffamazioni fosse anteriore alla compra-vendita della casa avvenuta fra il Fornasari ed il Bambini. Anzi la sentenza dichiara espressamente di ritenere che dopo le prove testimoniali assunte non può dubitarsi che le trattative della vendita, coll'esibizione dei documenti consegnati al notaio Scotti, avvennero prima della querela e precisamente verso la metà del settembre 1899, mentre la querela fu data e ratificata solo nella seconda metà dell'ottobre e la ipoteca fu iscritta sui beni Fornasari solo nel gennaio 1900.

Ciò basterebbe alla confutazione di questo terzo mezzo.

Ma non regge l'assunto della ricorrente nemmeno in diritto.

Si può dire che la Maccaferri fosse creditrice del Fornasari fino dal momento in cui si credette vittima del reato di costui?

Trattavasi di un fatto creduto reato e perseguibile per azione privata ed occorreva, adunque, una querela, occorreva che si persistesse nella querela che poteva esser rimessa e ritirata a beneplacito dalla parte offesa, occorreva che la querela si sottraesse ai diversi mezzi di estinzione dell'azione penale, occorreva che l'autorità competente riconoscesse il reato e lo punisse, occorreva in fine che questa avesse attribuito all'offeso titolo ad indennità.

In questo stato particolare di cose non può dirsi che la ricorrente avesse un titolo creditorio preesistente all'atto fraudolento. Sia pure che voglia ammettersi l'esercizio dell'azione pauliana ai creditori a termine; sia pure che lo si accordi ai creditori sotto condizione ossia *pendente conditione*, il che è veramente contestato da insigni giuristi.

Ma nel caso in esame non si è che nel caso di un credito eventuale, di un credito la cui esistenza dipendeva dalla volontà della parte in quanto avesse persistito nella querela, in quanto la azione sua non fosse estinta, in quanto il fatto ritenuto per reato fosse come tale stato riconosciuto dall'autorità e punito secondo la legge.

Quindi non si può dire che nella fattispecie il credito fosse in realtà anteriore all'atto fraudolento e che solo la sentenza posteriore lo riconoscesse e lo liquidasse. La Maccaferri divenne creditrice del suo offensore quando questi fu dichiarato tale dal magistrato. Prima non vi era che un imputato, e questi non è un condannato così per l'antico che pel moderno diritto penale; e quanto ai danni è risaputo che pel codice di procedura penale è solo la sentenza il titolo creditorio in quanto condanni «*se vi ha luogo*» l'imputato al risarcimento dei danni.

Diversamente opinando, si andrebbe incontro ai più gravi pericoli e alle più assurde ingiustizie. Con una querela temeraria o fantastica uno potrebbe crearsi creditore di un terzo ed esperire l'azione pauliana.

Si subordinerebbe la stabilità di convenzioni

oneste e perfette ai fatti più intimi e reconditi di una delle parti, perchè un acquirente non solo dovrebbe accertarsi dello stato ipotecario di un immobile, ma ricercare presso tutti gli uffizi giudiziari del regno se esistano querele o denunzie a carico del suo venditore; si esporrebbe, nei casi in cui siasi verificata la condizione, il debitore che paga all'eventualità che il creditore, divenuto insolvibile, non possa poi restituire la somma pagata, qualora una sentenza gli fosse favorevole o la condizione venisse a mancare.

Ma, ripetesi, è un fuor d'opera lo insistere nello sviluppare e nel risolvere qui una questione di mero diritto, dove la sentenza di merito ha risolto la questione stessa in linea di fatto. Escludendo ogni causa di simulazione fraudolenta per la *possibilità* della querela penale; ammettendosi che l'accordo del Fornasari col Bambini nel concludere il contratto di compra-vendita era avvenuto in epoca non sospetta; ritenendo che i documenti per l'acquisto furono trasmessi al notaio per perfezionare l'accordo delle parti quando la querela non era ancora stata sporta dalla Maccaferri; affermando che non era possibile si verificasse l'estremo del *consilium fraudis* tra i contraenti in danno della Maccaferri medesima, la Corte di appello di Roma escluse in modo sovrano ed incensurabile che fosse possibile l'esercizio dell'azione pauliana. Quindi il ricorso non ha fondamento.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

22 giugno 1907, n. 543

Pagano *Pres.* — Corbo *Est.*

Cimorelli ed altri (avv. *F. Finocchiaro-Aprile*) contro Ministero Lavori Pubblici (avvocato erariale *Panzarasa*).

Qualora una nuova legge limiti la competenza di un'autorità giurisdizionale, la legge stessa non può esser retroattiva rispetto alle cause pendenti dinanzi a cotesta autorità, a meno che la legge non contenga una disposizione esplicita contraria (1).

La Corte, ecc. — Osserva che sono indagini fondamentali di ogni giudizio per risarcimento di danni l'*an debeatur* ed il *quantum debeatur*, che possono svolgersi tanto separatamente, quanto cumulativamente. Però in materia di danni derivanti dall'esecuzione o dall'esercizio di opere di bonificazione, la relativa legge 22 marzo 1900, ad evitare gli inconvenienti a cui avevano dato luogo le perizie giudiziali, sottrasse alla competenza dell'autorità giudiziaria la seconda indagine e stabilì nell'art. 15 che i danni debbono essere valutati in via arbitramentale.

Ma il legislatore non determinò con una disposizione transitoria come si sarebbero dovute ultimare le cause che si trovassero pendenti avanti i tribunali ordinari e allo stato di essere decise anche per la valutazione dei danni. Ed in questo stato appunto si trovava la causa attuale, poichè il tribunale di Isernia, con sentenza 27-30 giugno 1904, aveva ordinato ai periti che accertassero anche l'ammontare dei danni; e la perizia fu eseguita ed indi depositata addì 20 marzo 1858. Sorse quindi la questione se la determinazione della indennità fosse devoluta alla giurisdizione arbitramentale stabilita dalla nuova legge; e la Corte d'appello di Napoli, risolvendola affermativamente, rinviò le parti innanzi agli arbitri da nominarsi nei modi prescritti dall'art. 15 della stessa legge, perchè ritenne che, non potendosi legalmente discutere di diritti quesiti in materia giurisdizionale, la nuova giurisdizione aveva distrutto essenzialmente e radicalmente l'antica, alla quale erasi sostituita.

E' indubitato che questo principio debba avere la sua applicazione generale ed assoluta per le cause pendenti, quando si tratti di soppressione di organo giurisdizionale; poichè in tale ipotesi, non essendo concepibile la continuazione del giudizio innanzi ad una autorità che più non esiste, ne consegue che le controversie non ancora decise dovranno essere portate alla nuova giurisdizione, ancorchè all'uopo non sia stata emanata alcuna disposizione transitoria.

Ma la cosa procede diversamente se l'antico ordine giurisdizionale sia stato spogliato solamente in parte della sua giurisdizione, come appunto è accaduto nelle controversie per il risarcimento di danni derivanti dalla esecuzione o dall'esercizio delle opere di bo-

(1) Cfr. C. F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. IV, pag. 424 e segg. La stessa sentenza, che annotiamo, cita delle leggi, nelle quali si è con disposizioni espresse derogato al principio giuridico della retroattività. Vedi anche alla voce *Legge*, in *Digesto italiano*.

nificazione avendo la nuova legge sottratto alla competenza del magistrato ordinario soltanto la seconda indagine relativa alla liquidazione, e mantenuto quindi la sua giurisdizione per tutto ciò che concerne la prima indagine sul diritto alla rivalsa. Ora, siccome coteste due indagini per la natura del giudizio si erano svolte nella fattispecie cumulativamente, ed al sopraggiungere della nuova legge la causa si trovava già avanti l'autorità giudiziaria nello stato di essere decisa dall'autorità stessa, così si comprende bene che per risolvere la sollevata questione di competenza sul *quantum debeatur* è necessario di ricorrere, in mancanza di disposizioni transitorie, ai principi generali circa la retroattività delle leggi di competenza con riferimento al diritto quesito procedurale.

Nella dottrina della retroattività è generalmente ammesso che, qualora si tratti di parziale spostamento di competenza e non di soppressione di un organo giurisdizionale, la nuova legge, rispetto alle cause pendenti davanti un'autorità che non è stata totalmente svestita di competenza, non può essere retroattiva, pel noto principio: *ubi iudicium acceptum, ibi et finem accipere debet.*

Ed in verità nella ipotesi di procedure avviate e di cause che si trovano nello stato di essere decise l'applicazione della retroattività sarebbe ingiusta, in primo luogo perchè la determinazione della competenza, almeno implicitamente, sarebbe già stata affermata; in secondo luogo perchè vi sarebbe il diritto quesito alla validità ed agli effetti giuridici degli atti procedurali debitamente compiuti.

In altri termini vi sarebbe, tra gli atti procedurali compiuti e l'organo giurisdizionale che li ha predisposti, una tale intima connessione, che le leggi di competenza emanate successivamente non potrebbero avere alcuna influenza per determinarne la separazione, tranne il caso che le leggi stesse, per ragioni di pubblico interesse, avessero diversamente disposto.

Questi canoni fondamentali della dottrina della retroattività ebbero tassativa applicazione nelle disposizioni transitorie pel codice di procedura civile, poichè nell'ultimo capoverso dell'art. 1 fu stabilito che le cause iniziate davanti i tribunali e i pretori, che a termine del nuovo codice sarebbero state rispettivamente di competenza dei pretori e dei conciliatori, dovevano essere proseguite dinanzi le stesse autorità presso le quali si trovavano pendenti. E così del pari il regolamento 20 dicembre 1892, relativo alla legge che estese la competenza dei giudici conciliatori, prescrisse che le cause pendenti innanzi ai pretori dovessero essere giudicate dai medesimi, se si trovasse già stabilita l'udienza per la pronunciazione della sentenza, ovvero per qualche atto d'istruzione.

Per contrario, il legislatore ha creduto in alcuni casi necessaria l'applicazione immediata della nuova competenza, anche per le cause in corso, come emerge, per esempio, dall'art. 20 della legge 3 agosto 1891, che, per la abolizione della servitù di pascolo nelle ex-provincie pontificie, aveva creato le Giunte degli arbitri, e dall'art. 13 della legge 2 agosto 1897, con la quale vennero istituite anche le Giunte degli arbitri per le controversie sui terreni ex-ademprivili di Sardegna.

E difatti fu prescritto nei due citati articoli che le cause pendenti davanti i tribunali ordinari dovevano essere proseguite innanzi il nuovo ordine giurisdizionale.

In difetto, dunque, di legge espressa per la applicazione immediata della giurisdizione arbitramentale in materia di liquidazione di danni dipendenti dall'esecuzione o dall'esercizio delle opere di bonificazione, ed in mancanza di qualsiasi altra disposizione transitoria, dovendosi la sollevata questione di competenza risolvere secondo i principi generali sulla retroattività delle nuove leggi di giurisdizione adottati costantemente dal nostro legislatore in casi simili, ne consegue che la causa attuale non poteva essere rinviata al giudizio degli arbitri, sia perchè essa si trovava nello stato di essere decisa dall'autorità giudiziaria anche pel *quantum debeatur*, sia perchè i ricorrenti avevano quesito il diritto procedurale alla validità ed agli effetti della perizia già eseguita.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

28 giugno 1907 n. 572

Pugliese *Pres.* — Natale *Est.*

Marescalchi (avv. *V. Macherione*) contro Ditta Lersch e Kruse (avv. *G. Albano*).

I libri di un professionista (*nella specie* pubblicista) *sono impignorabili fino alla somma di* 500 *lire, senza distinguere se l'esercizio della professione sia attuale e contemporaneo al pignoramento e se l'uso dei detti libri sia necessario pel sostentamento del debitore* (1).

La Corte, ecc. — I giudici del merito smarrirono fin dal principio il retto sentiero, quando non s'inspirarono al chiaro disposto dell'articolo 586, n. 2, cod. proc. civile, e ricorsero invece a congetture ed aggiunzioni non sancite dalla legge. Sono impignorabili gli strumenti necessari per l'esercizio della professione, ed a scelta del debitore, sino alla somma di L. 500.

Non è detto che l'esercizio della professione debba essere attuale e contemporaneo al pignoramento, perchè niuno può penetrare nel pensiero umano per indovinare se il professionista abbia bisogno di usare i libri per un lavoro intellettuale, che si svolge in atto, o sia destinato a svolgersi in avvenire.

Nè è detto che occorra la prova dell'estremo della necessità del sostentamento, perchè la legge stessa presume cotesto estremo. Inoltre è lasciata al debitore finanche la scelta dei libri, che egli stesso reputa necessari allo svolgimenti della sua attività intellettuale. Basta adunque la prova della esistenza della professione, per la quale servono i libri esentati dal pignoramento. In questo senso era stata chiesta dall'on. Marescalchi la prova testimoniale innanzi al Pretore; ed in questo senso rimase ammessa la detta prova col dispositivo della sentenza interlocutoria 20 gennaio 1906, comunque si fosse aggiunta nel ragionamento la illegale condizione dell'attualità dell'esercizio.

Non era quindi il caso d'invocare, neppure dubbiosamente, il ragionamento di quella sentenza come un vero giudicato, sol perchè quel ragionamento non aveva formato oggetto di un gravame, che il debitore non aveva ragione di produrre.

Il tribunale avrebbe dovuto limitare le sue indagini a questi semplici fatti: se, cioè il Marescalchi era pubblicista, e se il valore di quei libri non eccedeva la somma di lire 500. Volle invece lo stesso Tribunale addentrarsi nella ricerca dell'attualità dell'esercizio, e di altre circostanze che non avevano influenza nella causa. Con questi falsi criteri di diritto, gl'incerti apprezzamenti delle prove non possono menare alla pretesa incensurabilità della sentenza, nel cui complesso si scorge per lo meno un grave difetto di motivazione.

Per questi motivi ecc.

(1) La risoluzione è diversa, quando sia l'esattore che proceda per debito d'imposta privilegiata: cfr. Cons. Stato, Adunanza generale del 21 dicembre 1904, *Giur. ital.* 1905, 3, 84.

Cons. pure in tal caso A. Roma 19 aprile 1904, est. MOSCA, in questa Raccolta 1904, 270, con richiami giurisprudenziali nella nota.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 luglio 1907, n. 595

Pagano *Pres.* — Riccobono *Est.*

Amatori (avv. *G. Cannada-Bartoli*) contro Amatori (avv. *P. Grippo*).

Per l'accoglimento di una domanda di separazione personale, successiva ad una riconciliazione fra coniugi, possono invocarsi e tenersi presenti non solo le nuove colpe, ma eziandio le antiche, cioè quelle che determinarono la separazione antecedente (1).

La Corte ecc. — Se nell'art. 153 cod. civile italiano non si vede riprodotto ciò che si legge nell'art. 273 cod. francese e nel corrispondente art. 224 delle leggi civili del 1819, che, cioè, pure estinta l'azione per la riconciliazione, possa il coniuge intentare una nuova azione per la sopravvenienza di altra causa dopo la riconciliazione, e fare uso delle cause precedenti per appoggiare la nuova sua domanda, tuttavia la dottrina e la giurisprudenza concordano nel principio che, se nuove colpe sopravvengano dopo la riconciliazione, valgono queste in concorso delle antiche a sostegno della nuova domanda, e le une e le altre pos-

(1) Conformi: RICCI, *Corso teorico-pratico di dir. civ.*, I, n. 330; BIANCHI, *Corso di dir. civ.*, II, numero 228 in fine; BELLINI, *Società coniugale*, 134; A. Milano 4 luglio 1887, *Foro ital.* 1887, 1, 720; *Digesto italiano*, voce *Separazione personale fra coniugi*, scritto del prof. F. CICCAGLIONE (sotto il n. 190, pag. 872).

sono egualmente invocarsi onde ottenere la separazione.

Ben si è osservato che, a tenore dell'art. 153, la riconciliazione estingue il diritto di chiedere la separazione, ma non cancella per questo i fatti che vi davano luogo. Essa non cancella le colpe, ma ne modifica soltanto gli effetti a causa del perdono del coniuge, in cui non può non intendersi sottintesa la condizione che il coniuge colpevole più non ricada nelle colpe stesse, nel qual caso deve riconoscersi, in quello che ha perdonato, risorto il diritto di opporre le vecchie colpe a sostegno anche della domanda che viene determinata dalle nuove, ed a dimostrare insieme la incorreggibilità del coniuge e la necessità della separazione.

Non possono i fatti antichi giammai valere da soli a far riprodurre un'azione che in rapporto ad essi erasi estinta, ma, al sopravvivere di nuovi fatti, bene vengono evocati a dimostrare la maggior gravità di questi, potendo insieme concorrere per l'ammissibilità della novella azione.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 luglio 1907 n. 621

Pagano *Pres.* — Palladino *Est.*

Comune di Napoli (avv. *V. Lemmo*) contro Galli e Ministero della pubblica istruzione (avv. *S. Rota* ed avv. erariale).

Non occorre che l'atto di notifica del ricorso per cassazione sia, oltrechè sottoscritto, anche scritto di pugno dell'ufficiale giudiziario procedente (1).

Se un Comune nega ad un privato la licenza di costruzione per motivi estranei ai regolamenti edilizi e sanitari, è competente l'autorità giudiziaria a conoscere del giudizio che il privato intenti al Comune per il rifacimento dei danni (2).

La Corte *a Sezioni unite* ecc. — Galli Vincenzo, proprietario di un pezzo di terreno sito in Napoli sotto la spianata di *S. Martino*, volendo fabbricare sullo stesso, presentò un progetto al municipio di Napoli, che fu approvato con deliberazione di Giunta nel 9 ottobre 1900, ma, ripresentato il progetto tecnico completo ai fini della licenza edilizia, non riuscì ad ottenerla, tanto che con atto di citazione 5 novembre 1903 convenne il detto municipio dinanzi al tribunale di Napoli, il quale con sentenza 14-18 maggio 1904, riconosciuto che il rifiuto a rilasciare al Galli la licenza di fabbricare sul pezzetto di suolo di sua proprietà fosse lesivo del suo diritto, condannò il municipio a risarcirgli i danni.

Questa sentenza fu confermata dalla Corte d'appello di Napoli con pronunzia 24-29 marzo 1905, la quale mise fuori causa il ministero della pubblica istruzione alle cui opposizioni il municipio appellante faceva risalire il motivo del suo ritardo al rilascio della licenza e da cui pretendeva fosse assunto il peso della lite.

Contro questa pronunzia il municipio di Napoli ha prodotto ricorso per annullamento al supremo collegio territoriale, ma essendosene eccepita l'incompetenza l'esame della causa fu con provvedimento 3 dicembre 1906 rinviato alle sezioni unite di questa Corte di Cassazione.

Osserva che in via pregiudiziale si contesta l'ammissibilità del ricorso, perchè l'atto di notificazione dello stesso sarebbe stato soltanto sottoscritto dall'ufficiale giudiziario, e non anche da lui scritto, come prescrive il n. 2 dell'art. 525 cod. di proc. civ., ma senza mettere in dubbio il fatto, leggendosene anzi la conferma nella relazione di notifica mercè la dichiarazione dello stesso ufficiale di essere temporaneamente inabilitato a scrivere, non può condurre all'effetto della eccepita inammissibilità, perchè l'atto di notifica in nulla manca della sua validità ed efficacia, e possiede le formalità ingiunte dall'art. 525, 1.a parte, dove soltanto si esige che la notifica del ricorso abbia luogo nella forma delle citazioni, e perciò basta per la perfezione dell'atto relativo la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario, e, se di questa non è privo, può essere il contesto del-

(1). Conf. per la dottrina: MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di proc. civile*, vol. IV, n. 374, e T. SICILIANI, in *Giur. ital.*, anno 1905, 1, 1, 964. Per la giurisprudenza: stessa Cass. Roma, dec. 10 marzo 1904, in questa Raccolta, 1904, pagine 205-206, con nota, e, da ultimo, Cass. Torino 31 dicembre 1906, *Mon. trib.* 1907, 146.

(2) L'illustre Procuratore generale QUARTA, confortando all'udienza questa massima con la sua autorevole parola, osservava giustamente che il rifiuto del Comune a conceder licenza di fabbricazione, quando non esisteva ostacolo di carattere edilizio o sanitario, equivaleva a confisca dell'altrui proprietà contro le disposizioni della legge civile.

l'atto scritto da altri senza incorrere in nullità, che per la sola mancanza della firma è comminata.

Osserva sul primo mezzo che il municipio ricorrente fu tratto in giudizio, non per esser costretto ad effettuare con la coazione giudiziale la concessione della licenza edilizia vanamente chiesta dal resistente Galli, nè a discutere le ragioni regolamentari d'ordine edilizio o sanitario che finora ne abbiamo trattenuto od impedito il rilascio. Se questo fosse stato il tema della lite, evidentemente non si saprebbe riconoscere il campo assegnato allo svolgimento dell'azione del magistrato ordinario, anzi si dovrebbe, in conformità dell'assunto del ricorso, risolvendosi allora manifestamente la dedotta incompetenza dell'autorità giudiziaria nell'improponibilità dell'azione, ammettere che si versa nel campo di atti discrezionali, e pei quali è possibile soltanto il sindacato dei superiori poteri amministrativi.

Ma il ricorrente municipio non si dà conto della vera azione spiegata dal Galli, la quale trae origine dalla qualità di proprietario del suolo dove avrebbe progettato di erigere delle costruzioni, e dagli ostacoli che all'esercizio dei suoi diritti di proprietario sorsero e sorgono dal rifiuto di rilasciargli la licenza di fabbricare per ragioni estranee ai regolamenti edilizi e sanitari, e per ragioni che, a termini dell'art. 436 codice civile, non è tenuto a subire.

Ora il Galli insorgendo in difesa della sua proprietà e contro le limitazioni derivanti dall'impedimento a costruire sul suolo proprio, esercitò un diritto, garentito da azione giudiziaria, e, reclamando la rivalsa dei danni per tale impedimento sofferti, ben poteva invocare l'azione riparatrice della magistratura ordinaria. La sentenza impugnata pertanto, col respingere le eccezioni pregiudiziali del municipio, merita di essere plaudita, avendo giudicato in conformità di quanto dispone l'autorità giudiziaria, quando la contestazione cada sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, la facoltà di conoscere degli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio e perciò della pertinenza giuridica della rivalsa dei danni, nei quali si concretano quegli effetti.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 luglio 1907 n. 623

Basile *Pres.* — Riccobono *Est.*

Ferrovie del Mediterraneo (avv. *G. B. Marchesini*) contro Ditta Fratelli Giacchetti (avvocati *B. Chimirri* e *A. Sraffa*).

La responsabilità dell'amministrazione ferroviaria per mancata fornitura di vagoni vuoti sussiste non solo quando l'amministrazione stessa neghi di prestarsi alla perfezione del contratto, di cui all'art. 94 delle tariffe, ma anche quando rimanga accertato che, anche prima di quel momento, intervennero fatti costituenti impedimento illegale alla formazione del contratto, cioè arbitri, indebite preferenze o incuria manifesta nell'evasione delle domande di vagoni (1).

La Corte *a Sezioni unite* ecc. — Non sussiste l'errore lamentato col primo motivo, per cui l'impugnata sentenza avrebbe violato e falsamente applicato la disposizione dell'art. 2 della tariffa. Con l'avere la Corte di merito considerato che, pur ravvisando la necessaria figura di industria così nella costruzione come nell'esercizio di una strada ferrata pubblica, questa non cessi di appartenere, senza possibilità di alienazione o usucapione, alla comunità dei cittadini o di costituire il pubblico demanio, non intese che all'affermazione del principio che le strade ferrate vanno annoverate tra le cose patrimoniali indisponibili, e non è vero che ne abbia derivato il diritto del cittadino di usarne liberamente; mentre d'altra parte è verissimo che il posto principio non spiegò alcuna influenza nella decisione, rimasta indipendente da qualsiasi rapporto con la decisione di merito, ed esclusivamente diretta a rispondere ad altre deduzioni avversarie circa la quantità maggiore o minore di materiale mobile che lo Stato aveva obbligo di fornire alla Società.

---

(1) E' questa la decisione da noi richiamata a pagina 371 della presente Raccolta, anno corr., in nota alla notevole sentenza 19 luglio 1907 del Tribunale civ. Roma, est. FAGGELLA.

Trionfa, così, presso le *Sezioni unite* la tesi sostenuta dall'A. Napoli 18 luglio 1906 (*Riv. di dir. comm.* 1906, 2, 434) in contrapposizione alla Corte di cassazione di Napoli; ma è da avvertire che la Corte di appello napoletana ha fatto recentemente un salto indietro (dec. 22 luglio 1907, *id.* 1907, 2, 497, con nota), dovuto all'isterismo, sempre più grave, di Monna magistratura!..

Considera, sugli altri due motivi, che il campo della discussione, quale si è delineato dalle parti contendenti e dalla sentenza della Corte di merito, vuolsi ridurre a più angusti confini se si ha riguardo alle concrete statuizioni della denunciata sentenza. Or questa nella parte dispositiva dichiarò ammissibile l'istanza della Ditta Giacchetti contro l'Amministrazione ferroviaria per risarcimento per mancata fornitura di vagoni vuoti richiesti solo in quanto la richiesta fosse preliminare di un determinato contratto di trasporto indicato all'atto della richiesta e qualora vi si fosse potuto provvedere coi mezzi di trasporto disponibili e non vi ostassero impedimenti straordinari e di forza maggiore.

E, considerando in relazione a tale dichiarazione la istruttoria della domanda, ammise la prova testimoniale la quale fu precipuamente diretta a stabilire, secondo l'assunto della Ditta Giacchetti, che, durante il periodo di tempo a cui si riferisce la controversia, l'Amministrazione fornì pure i carri sproporzionatamente e con preferenza ad altre Ditte concorrenti e specialmente alla fabbrica delle mattonelle; che nello stesso periodo moltissimi carri giacevano alla stazione di Torre Annunziata centrale, adatti al trasporto del carbone, e che non si mandavano alla marittima per incuria e per non adibire maggior numero di macchine e di personale.

Che, poste tali condizioni di fatto, la questione può sostanzialmente ridursi a sapere se, indipendentemente dal caso in cui per avventura l'Amministrazione si rifiuti di perfezionare a tenore dell'art. 94 delle tariffe la nota di spedizione o la lettera di vettura che il mittente deve predisporre secondo l'art. 92 delle tariffe e presentare alla Ferrovia contestualmente alla merce, essa contravvenga al dovere legale di trasporto e quindi si esponga alla azione di risarcimento di danno tutte le volte rimanga accertato che, anche prima di quel momento, intervennero fatti costituenti impedimento illegale alla formazione del contratto.

Che l'art. 271 della legge sulle opere pubbliche 20 marzo 1865, prescrive che ogni concessionario di ferrovie pubbliche ha l'obbligo di eseguire costantemente con diligenza, esattezza e prontezza, e senza concedere preferenza a chicchessia, il trasporto dei viaggiatori, del bestiame, e delle derrate, mercanzie e materie di ogni natura che gli saranno consegnate. Costituisce tale precetto una condizione indeclinabile, affinchè si raggiungano gli alti fini sociali ed economici per i quali le ferrovie si costruiscono e si esercitano, e affinchè la parità di trattamento regoli quel monopolio di fatto che esse godono.

Che l'art. 2 della tariffa e condizioni di trasporto, che formano l'allegato alla legge 27 aprile 1885, viene a delimitare l'obbligo surriferito dell'art. 271 della legge sulle opere pubbliche in quanto che il dovere legale di trasporto in base alle tariffe e condizioni in vigore essa subordina alla condizione che l'Amministrazione possa provvedere ai trasporti coi mezzi disponibili e che non ostino impedimenti straordinari o di forza maggiore. Non è imposto alle ferrovie l'obbligo incondizionato e illimitato dei trasporti, ma quello proporzionato ai mezzi indispensabili e tutta volta non ostino impedimenti straordinari e di forza maggiore.

Che il principio medesimo, il quale impone il dovere legale di trasporto, impone la parità di trattamento verso tutti, la quale è anzi una condizione essenziale allo stesso dovere legale di trasporto e vuolsi adunque ravvisare una forma specifica della violazione del dovere anzidetto in tutte le concessioni di favore, in tutte le facilitazioni particolari, in tutte le preferenze in qualunque forma concesse.

Che, ciò premesso, non regge l'assunto che al dovere legale di trasporto la Ferrovia trasgredisca solo quando rifiuti di firmare la lettera di vettura o di ricevere la merce che l'accompagna, quando invece dalle circostanze del fatto può venire accertato il concorso di atti precisi e determinati che non lascian dubbio sulla intenzione contraria alla concessione del trasporto, e quando negli arbitri e nelle indebite preferenze negli atti, che debbono necessariamente precorrere il contratto, debbonsi ravvisare altrettante infrazioni del dovere legale del trasporto stesso.

Che la sentenza denunciata resiste agli attacchi del ricorso se nei fatti dedotti dalla Ditta Giacchetti ritenne il concorso degli elementi integranti la violazione del dovere legale di trasporto di cui agli art. 271 della legge sulle opere pubbliche e agli art. 2 e 3 della tariffa non seguendo a ragione le contrarie massime sancite dalla sentenza di annullamento.

Che il fin qui considerato basti al rigetto del ricorso della Società ferroviaria, senza bisogno di ulteriore svolgimento di tutt'altre disquisizioni delle parti contendenti, dopo la risoluzione in senso affermativo della questione se il rifiuto della somministrazione dei vagoni

vuoti possa costituire infrazione del dovere legale di trasporto.

Che invero non è luogo a disputare sul carattere giuridico che possa avere la somministrazione dei vagoni vuoti quando nella presente causa la domanda della Ditta Giacchetti, come venne circoscritta dalla Corte di merito, sostanzialmente è diretta a stabilire che, se i vagoni le furono negati, non fu che per favoritismi, per indebite preferenze e per incuria manifesta, quali fatti, se provati, verrebbero, per le ragioni sopra dette, a stabilire la infrazione del dovere legale di trasporto.

Che sotto questo aspetto può dirsi anche esaurita la questione circa la forma della domanda dei carri con effetto continuativo e la sua corrispondenza alle prescrizioni delle tariffe, poichè nel concreto caso è stato ritenuto che in relazione alla domanda della Ditta Giacchetti vi furono consegne parziali di vagoni, sebbene non adeguate, e quindi il punto di contesa rimane sempre quello di sapere se tutto il resto dei vagoni le fu negato arbitrariamente per incuria o per indebita preferenza, incorrendo nella lamentata infrazione del dovere legale di trasporto.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 luglio 1907 n. 629

Pugliese *Pres.* — Palladino *Est.*

Novella (avv. *P. Grippo* e *P. Morelli*) contro Agostini (avv. *I. Borrè*).

Trattandosi di costruzioni edilizie, è obbligatoria l'assicurazione non solo degli operai direttamente addetti ad esse, ma anche di quelli addetti alla lavorazione e preparazione dei relativi materiali (1).

La Corte ecc. — Osserva che la sentenza denunciata ha affermato l'obbligo dell'impresa ricorrente all'assicurazione di tutti gli operai che essa adibisce per la lavorazione della pietra occorrente al monumento del re Vittorio Emanuele II, non già ritenendo che la legge speciale faccia rientrare il mestiere dello scalpellino tra i lavori pei quali è ingiunta l'assicurazione, ma perchè, essendo la pietra lavorata dagli operai, dipendenti dalla impresa Novella, destinata al monumento suddetto, quegli operai ha considerato come partecipi ai lavori della costruzione edilizia. Da ciò si deduce che la sentenza denunciata non merita la censura di avere aumentato le categorie delle industrie e dei lavori, pei quali è prescritta l'assicurazione, poichè l'impresa di costruzioni edilizie è tra quelle precisamente contemplate dalla legge per gli infortuni ai fini dell'obbligatorietà dell'assicurazione, nè di aver portato l'applicazione della legge oltre i limiti da essa segnati, poichè non fece che misurare la sfera di applicazione della disposizione legislativa, esaminandone il contenuto, riguardo all'industria significata con la denominazione *impresa di costruzione edilizia* e traendone il concetto di una denominazione complessa e comprensiva di tutte quelle forme di attività lavoratrice, che concorrono alla costruzione edilizia, e che si svolgono tanto in opera di vera e propria costruzione, quanto in opera di preparazione o completamento di essa, e mediante la somministrazione del prodotto del lavoro. Così nel pensiero della Corte di merito comunque diverso il lavoro degli operai, la cui opera fu ricercata e si esplica per una determinata costruzione edilizia, la tutela contro il rischio pro-

---

(1) Il Supremo Collegio conferma, così, in sede civile la giurisprudenza adottata in sede penale: cfr. dec. 3 maggio 1904, in *Contratto di lav.*, 1904, 266.

Questa interpretazione non ripugna al carattere singolare della legge per gli infortuni sul lavoro, mentre non potrebbe essere approvata da coloro che dichiarano eccezionale tale legge e pretendono di applicarne restrettivamente le disposizioni.

Cons. in proposito la sentenza 12 giugno 1905 del Trib. civ. Roma, inserita nella presente Raccolta, anno 1906, pag. 377, con richiami, in nota, a sentenze ed altre note sull'argomento.

La sentenza approvata è quella dell'A. Roma 23 febbraio 1907, est. CANTONE, in *Rivista infort.* 1907, 654.

Successivamente la stessa Corte di appello ha reso altra identica pronunzia (dec. 8 giugno 1907, est. MANFEROCE, *Rivista infort.*, 1907, 657) e con essa dichiarò pure non dovuti gli onorari di avvocato nelle cause per liquidazione dell'indennità di infortunio, vecchia nostra opinione questa, che però la maggioranza non segue.

Sull'assicurazione degli operai che attendono alla lavorazione e preparazione dei materiali destinati ad una costruzione veggasi anche 2. Pretura urbana di Roma 15 maggio 1907, 744, con note di U. ALLAUD e di E. SERAFINI.

fessionale, si estende a tutti gli operai, che vi sono adibiti per la esecuzione.

Il ricorso però non incontra le considerazioni della sentenza, contro cui è diretto, e combatte un assunto, che non è quello della sentenza. E' vano infatti obbiettare che il mestiere dello scalpellino o del lavoratore della pietra, come tanti altri mestieri, che preparano i materiali, che possono eventualmente servire alla costruzione edilizia, vive e si svolge separatamente e costituisce un mestiere distinto da quello, che si esplica in atti di costruzione vera e propria, come la messa in opera dei materiali, poichè la Corte considerò il mestiere di chi accudisce alla lavorazione della pietra in rapporto alla costruzione a cui quella pietra è destinata e deve essere applicata, e considerò che gli operai dipendenti dalla impresa ricorrente, quale che sia la forma del loro concorso, contribuiscono all'esecuzione del monumento a re Vittorio Emanuele II, perchè il prodotto dell'opera loro, la pietra da essi preparata e lavorata, si compenetra nel monumento, ed è anzi di esso la parte principale. Così l'impresa per la lavorazione della pietra non prospetta che un ramo, in cui si sarebbe ripartita l'impresa per la costruzione del monumento senza cessare di essere per l'avvertito rapporto di destinazione e d'impiego della pietra impresa di costruzione edilizia, e così l'operaio, ricercato ed applicato per la lavorazione della pietra, rientra tra gli operai, ai quali con la qualità di addetti alla costruzione edilizia compete il vantaggio dell'assicurazione obbligatoria contro i rischi professionali.

Ma la Corte di merito non si è soffermata a queste considerazioni, contro le quali, non lo disconosce il Supremo Collegio, possono proporsi serie obbiezioni, e sono indiscutibilmente serie alcune di quelle svolte nella elaborata memoria a stampa della difesa del ricorrente.

La Corte di merito negli speciali rapporti dell'impresa Novella ha per di più osservato che per essa la obbligatorietà dell'assicurazione dei suoi operai nasce dall'obbligo assunto con l'art. 17 del suo contratto di appalto di cooperare alla messa in opera ed eseguire sul monumento i ritocchi occorrenti per ottenere la voluta perfezione. Allora la quistione esce dal campo delle più o meno esatte teoriche sulla applicazione estensiva della legge per gl'infortuni e contenuta anzi nei limiti della più ristretta interpretazione dell'articolo 1, n. 1, della legge, e dell'art. 2 del regolamento relativo, e non può avere una soluzione diversa da quella a cui addivenne la sentenza denunciata, sia perchè non può contendersi di essere addetto alla costruzione del monumento l'operaio che con la messa in opera della pietra e col ritocco della stessa compie lavoro di costruzione, e sia perchè un diverso trattamento in riguardo all'assicurazione contro il rischio professionale ad operai, che, pur prestando un'opera diversa, questa accomunano con l'arte muraria e con le arti affini per eseguire la costruzione, sanzionerebbe una sperequazione difforme dai fini di giustizia a cui la legge è informata. Oltre ai pericoli già rilevati nella sentenza impugnata, che i lavoratori della pietra a servizio della impresa Novella corrono lavorando nel cantiere attorno a grossi blocchi, sono esposti a tutti gli altri pericoli degli altri operai, quando sono impiegati sul monumento, pel disimpegno del lavoro, di cui nel riferito articolo 17 del contratto d'appalto.

All'obbiezione dell'impresa ricorrente che da questo patto può soltanto derivare l'obbligo di assicurare gli operai, che, non lavorando nel cantiere, hanno l'incarico di prestarsi al lavoro di collocamento del materiale sul monumento o di ritocco, la Corte di merito, rispondendo nel senso da escludere ogni distinzione tra gli operai dipendenti dall'impresa, diede una risposta, che si risolve in un apprezzamento sulla portata del patto che non è suscettivo di essere sindacato in questa sede di cassazione, e che, se lo fosse, non potrebbe che essere plaudito, per la giusta osservazione della sentenza impugnata che ne seguirebbe una promiscuità ed una facile confusione di operai in pieno arbitrio dell impresa contro lo spirito della legge, che volle ovviare alle possibili esenzioni dall'osservanza della obbligatorietà dell'assicurazione.

Risultando dalle suesposte ragioni infondato il motivo del ricorso, non può essere accolta la richiesta di annullamento della sentenza con esso investita.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 luglio 1907, n. 634

Basile *Pres.* — Setti *Est.*

Finanze (avv. erariale *Riccardi*) contro Battisti ed altri (avv. *M. Giacchi* ed *E. Ciamarra*).

L'art. 448 cod. civile, secondo cui qualsiasi costruzione, piantagione ed opera sopra o sotto il suolo si presume fatta dal proprietario a sue spese ed appartenergli stabilisce una presunzione juris tantum, *la quale, se riguardo all'autore del fatto ed all'erogatore delle spese, può esser distrutta nei modi ordinari di legge, non può riguardo all'appartenenza dell'opera esser distrutta che per mezzo di atto scritto a tenore dell'art.* 1314 *codice stesso* (1).

Di conseguenza l'opera che un coerede compie nel suolo indiviso con gli altri coeredi si presume di proprietà comune a tutti i coeredi, se non si offre la prova scritta contraria, e l'autore ha solo una ragione di credito verso i condomini (2).

La Corte ecc. — In questa sede la questione si riduce a vedere, se il principio di diritto romano *quod solo inaedificatur solo cedit*, abbia subito modificazione, e quale, per l'art. 448 Cod. civ.; imperocchè non è controverso tra le parti, che il suolo edificatorio, su cui fu costruito il molino elettrico, era stato acquistato da tutti i sei fratelli Battista, e con denaro comune come risulta dal rogito Japone.

La orte ha ritenuto che l'art. 448 Cod. civ. stabilisca una semplice presunzione *juris tantum*, mentre la regola anzidetta importava invece una presunzione *juris et de jure*.

Senonchè quando si tratta di sapere qual genere di prova sia ammissibile contro la presunzione la Corte afferma che non occorra quella documentale, ma basta anche la testimoniale.

E poichè dalla dichiarazione dei coeredi Battista fatta nell'istrumento di divisione con cui si attribuiva a tre soltanto di essi, col suolo, l'edifizio che vi era stato sopra eretto, la Corte ha creduto risultasse la prova che lo avessero eretto per proprio conto ed a proprie spese, così essa ha conchiuso che nella divisione non vi era maggiore assegno a favore degli assegnatari del mulino, il cui valore eccedeva la loro competenza ereditaria. In tal modo limitava le conseguenze del principio romano suesposto ad una presunzione di spesa, da poter si distruggere anche da una dichiarazione delle parti contraenti.

Ora per dimostrare l'errore della denunciata sentenza basterà stabilire quale sia la condizione di diritto di un edificio esistente sul suolo proprio o comune. Essa non è altro che quella dell'art. 448 Cod. civ., per il quale qualsiasi costruzione, piantagione od opera sopra o disotto il suolo si presume fatta dal proprietario a sue spese ed appartenergli finchè non consti del contrario. Dal che si evince che l'articolo 448 stabilisce una triplice presunzione: 1.) che la costruzione sia fatta dal proprietario del suolo; 2.) che sia fatta a sue spese; 3.) che gli appartenga.

Ora si può distruggere la prima e la seconda di queste presunzioni nei modi ordinari e la conseguenza sarà, nel caso in cui venga esclusa, che il proprietario del suolo debba pagarne l'importo a chi ha fatto le accessioni, se non preferisce di obbligare colui che le ha fatte a levarle, giusta l'art. 450. Ma la terza presunzione, quella di appartenenza, non si può distruggere altrimenti che provando di avere acquistato diritto reale sopra l'immobile; e trattandosi di proprietà sopra un immobile che la legge presume di spettanza del proprietario del suolo, il preteso edificatore non può prescindere dalle regole di cui all'art. 1314 del Cod. civile.

E trattandosi di suolo comune, per tanto potrà trovarsi che la costruzione appartenga solo a tre dei comunisti, per quanto si provi che il suolo sia divenuto esclusivamente loro per acquisto fattone dagli altri tre prima dello scioglimento della comunione.

Non bisogna dimenticare che in tema di condominio *pro indiviso* ogni erede possiede i fondi comuni per se e per gli altri, e che le accessioni indotte nella comunione determinano un aumento della cosa comune e si compiono nel comune interesse. Perciò il coerede,

(1-2) Più sotto, in questo stesso fascicolo, pubblichiamo un'altra interessante decisione in proposito. Si vegga anche, in senso sostanzialmente conforme, la recentissima sentenza 19 aprile 1907 dell'A. Genova, *Foro ital.* 1907, 1, 1088, accompagnata dallo scritto di G. BENETTINI, *Sull'ammissibilità, in diritto civile italiano, di due proprietà distinte e separate del suolo e della superficie*. Vedi pure COVIELLO, in un importante studio pubblicato sull'ottimo *Archivio giuridico*, vol. 49.

salvo nel caso di una determinata convenzione da provarsi a norma dell'art. 1314, non mai acquista la proprietà delle accessioni alla cosa comune, ma soltanto una ragione di credito verso gli altri condomini. Segue da ciò che lo assegno di una cosa maggiore, di una quota maggiore di quella che realmente spetti al coerede edificatore non mai costituisca un titolo recognitivo di una proprietà che non esiste, e per contrario si risolva, come bene osserva la Finanza seguendo le tracce della giurisprudenza di questa Corte e della dottrina francese e italiana, si risolva, dicesi, in una dazione *in solutum* che alla vendita si equipara ed è sottoposta alla tassa proporzionale di trasferimento.

Invece la Corte di merito tramutò una ragione di credito in una ragione di proprietà, prescindendo dal ricercare i modi derivativi della proprietà immobiliare in discorso, giusta le norme dell'art. 710 Cod. civile.

La Corte quindi ha errato credendo di trovare la prova dell'appartenenza del molino solo a tre dei comunisti, con esclusione degli altri tre, precisamente in quella dichiarazione contrattuale, che, innovando la condizione del diritto preesistente, racchiudeva in sè il titolo di trasferimento.

Per questi motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

25 luglio 1907 n. 827

Cardona *Pres.* — De Notaristefani *Est.*

Talevi (avv. *Ant. Gabrielli*) contro Cassa Nazionale Infortuni (avv. *R. D'Andrea*).

In materia d'infortuni, effettuatasi che sia una transazione, omologata dal tribunale, non è ammissibile la revisione della seguita liquidazione, adducendo la erroneità del giudizio espresso dai medici sulla entità della malattia, anteriormente alla transazione stessa (1).

La Corte, ecc. — Osserva in diritto:

Che lo appello incidente, comechè si compendia in un motivo d'inammissibilità della azione, debba esaminarsi preliminarmente.

Che i due argomenti, enunciati in sentenza per riconoscere l'ammissibilità della domanda di revisione anche in seguito alla transazione omologata dal Tribunale, non abbiano consistenza giuridica. La sentenza passata in giudicato dichiara il diritto, ma non può certo aver valore per lo aggravamento sopravvenuto in quanto si pone in essere un elemento che non ha formato obbietto di valutazione; invece con la transazione si prevede ogni possibile futura evenienza, e l'*aliquid datum* da parte dell'infortunato consiste appunto nella rinunzia ad ogni maggiore indennità, stante che il consenso delle parti si concreta nel definire d'accordo irrevocabilmente il quantitativo del danno in rapporto alla causa che lo ha prodotto.

La evenienza di un possibile aggravamento, che il giudicato non prende in esame, è contemplata dalle parti, e colui che ha subito il sinistro, accettando la somma offerta in transazione, deve intendersi che abbia rinunziato ad ogni beneficio futuro, sottomettendosi all'alea che forma il coefficiente essenziale del contratto.

Che del pari erroneo apparisce il secondo argomento desunto dall'art. 14 della legge infortuni. E' vero che con questa disposizione si commina la nullità di qualunque patto inteso ad eludere il pagamento della indennità

(1) Gravissima decisione, perchè si spinge anche più in là della tesi sostenuta dall'A. Napoli 10 aprile 1907, est. DE RUGGIERO, in *Riv. infort.* 1907, 676. Infatti, la Corte romana dichiara *tout court* che qualsiasi transazione fatta dall'operaio a norma della seconda parte dell'art. 14 legge infortuni è di per sè stessa di ostacolo alla presentazione di una dimanda di revisione; mentre la Corte napoletana poneva come regola il principio opposto e solo eccettuava il caso che la transazione avesse avuto riguardo anche ai possibili futuri aggravamenti della lesione riportata dall'operaio. Con la Corte di Napoli concorda l'egregio avv. AILLAUD nel suo scritto « Le transazioni dell'operaio in rapporto ai giudizi di revisione » (*Rivista infortuni*, anno corr. 1907, 676-680).

Il Trib. civ. Roma, invece, dapprima ritenne in genere che le transazioni validamente stipulate prima e dopo l'infortunio possono venir sempre revocate (sent. 19 aprile 1905, est. DE FIOCHY), e poscia, pur andando in diversa opinione, giudicò che non potessero mai ostacolare la domanda di revisione (sent. 30 giugno 1905, est. GIORGI). La prima di dette sentenze può leggersi in questa Raccolta, anno 1905, 283, con nota, e la seconda in *Contr. di lav.*, 1905, 401, con nota.

Per la dottrina si vegga quel che ne pensano il CASINI (*Legge*, 1903, 357), l'AGNELLI (*Comm.*, pagina 325), l'anonimo scrittore della nosta in *Riv. di dir. comm.* 1903, 2, 43, e con la consueta dottrina e verve l'esimio avv. CARNELUTTI, in *Temi*, anno 1907, 25-29.

o a scemare la misura stabilita dalla legge, ma non è men vero che, stabilita la norma generale, nello stesso disposto si aggiunge « le transazioni non saranno valide senza l'omologazione del Tribunale ». Ora, se la legge espressamente sanziona la validità delle transazioni con l'intervento dell'autorità giudiziaria, alla quale è affidata la tutela degli interessi dell'operaio, chiaro apparisce che questa sanzione non avrebbe alcun significato, qualora si ammettesse in ogni caso la impugnativa per motivi diversi da quelli preveduti dal Cod. civile. Invece, vuoi che si abbia riguardo alle parole adoperate dal legislatore nel ricordato art. 14, vuoi che si risalga allo spirito che informa il disposto non è dubbio che la comminatoria generica di nullità s'intese riferire esclusivamente a quei patti che si volessero concordare prima dell'infortunio. Si legge ivi « le transazioni compiute dall'operaio dopo sorta contestazione per essere valide, ecc». Ora non si può concepire una contestazione sul diritto alla indennità o sulla misura di questa se il sinistro non siasi avverato; e la *mens legis* conferma tale interpretazione, imperocchè, dettata la misura dell'indennità e garantiti i diritti dell'operaio, quando l'infortunio è avvenuto e l'infortunato è in grado di valutare la indennità che in base alla legge gli compete, sorge il rapporto giuridico tra creditore e debitore, e l'operaio non deve ritenersi incapace a tutelare i propri interessi in quel tempo nel quale, essendo stabilito il credito dalla legge, il rapporto di dipendenza non può aver valore a menomare la libertà del suo consenso. Quindi va ritenuto che questo consenso liberamente manifestato sia valido ed efficace a norma della legge comune, e che lo intervento del magistrato sia richiesto non per integrare la capacità, sibbene per una maggiore garanzia che i diritti dell'operaio non siano stati lesi.

Che dovendosi per i motivi espressi accogliere lo appello incidente resti assorbito quello principale.

Per questi motivi, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

13 luglio 1907 n. 803

Spaziani *Pres.* — Vaccaro *Est.*

Borghese (avv. *S. Coen*) e Banco di Roma (avvocato *F. Pediconi*) contro Zitelli (avvocato *C. Pastori*).

Il patrocinio gratuito concesso per promuovere atti esecutivi vale per difendersi nei giudizi di opposizione alla procedura esecutiva ed anche in appello dalle sentenze emanate nei detti giudizi (1).

I frutti o fitti d'immobili indivisi, se si possono pignorare dal creditore di uno dei condomini, non possono, però, assegnarsi in pagamento a costui o vendersi, prima che si accerti la sussistenza e consistenza della quota del debitore mediante regolare divisione (2).

La Corte ecc. — Osserva che non ha alcun fondamento l'eccezione pregiudiziale che lo Zitelli abbia esorbitato dai termini del gratuito patrocinio a lui concesso. Infatti tale concessione gli venne accordata «per promuovere atti esecutivi, fino al ricupero del credito e spese verso don Giovanni e don Paolo Borghese in dipendenza della sentenza del tribunale di Roma, 16 agosto 1905»; e non v'ha dubbio che lo Zitelli non fece altro che promuovere atti esecutivi per ottenere il pagamento del suo credito, ed oggi non fa che difendersi contro le eccezioni degli appellanti, i quali sono insorti per far dichiarare nulli i due pignoramenti presso terzi, e per impedire l'assegnazione delle somme pignorate.

Ritenuto in merito, che se da un lato è forza riconoscere che la nozione della compro-

---

(1) E' risaputo poi che il gratuito patrocinio concesso pel giudizio di cognizione vale anche per il consecutivo giudizio di esecuzione (trib. civ. Modica 4 novembre 1905, *Giur. conc.* 1905, 635).

(2) Sembra strano come si sia potuto dubitare di ciò, di fronte al chiaro significato dell'art. 590 cod. proc. civile. Non è neppure la prima volta che cotesto articolo riceve pratica applicazione (cfr. da ultimo, A. Trani 19 dicembre 1904, decisione riportata dall'ottimo *Foro delle Puglie*, anno 1905, 23).

In tema d'immobili è nota la disposizione conforme dell'art. 2077 cod. civile. Sulla portata di tale disposizione possono utilmente consultarsi: L. COVIELLO, *La quota indivisa ed il divieto di espropriazione forzata*, in *Giur. ital.* 1903, 4, 225-252, e A. S. MARTORELLI, *La ragione dell'art. 2077 del codice civile*, in questa Raccolta, 1907, 101.

prietà nel nostro codice è troppo astratta, e dà luogo nella pratica applicazione ad inconvenienti ed a seri dubbi, ad eliminare i quali molti reclamano una pronta riforma legislativa, dall'altro, fino a quando questa vagheggiata riforma non verrà, non è lecito, inspirandosi a concetti dottrinari, violare le testuali disposizioni della legge. Ora, muovendo dal principio che sulle cose comuni ciascun partecipante ha la proprietà della sua quota, non in concreto, ma in modo ideale ed astratto, il nostro legislatore, all'art. 1034, ha stabilito che, in seguito alla divisione, ciascuno si considera come fosse stato sempre proprietario dei beni che gli toccarono e come non avesse avuto mai la proprietà degli altri beni. In conseguenza di questo principio, coll'articolo 2077 cod. civ. fu vietata la subastazione sulla parte indivisa d'un immobile ad istanza di chi non è creditore di tutti i comproprietari, e coll'art. 590 proc. civ. fu permesso il pignoramento dei mobili o dei frutti indivisi tra il debitore ed un terzo, ma la vendita o l'assegnazione non può farsi se non dopo la divisione. Contro questa tassativa disposizione di legge non è possibile nessuna argomentazione contraria, nessuna sottile distinzione. Invano quindi la difesa dello Zitelli cerca appigliarsi all'art. 979 del codice civile; invano e non a proposito richiama l'articolo 1204 dello stesso codice.

E in vero l'art. 679 non fa altro che confermare il principio che ciascun partecipante ha la proprietà della sua quota parte ideale e dei relativi utili e frutti, e che egli può liberamente goderne e disporne in modo compatibile a questa speciale natura intellettuale della sua quota parte in astratto, e senza danneggiare gli altri comunisti. Ma se è permessa l'alienazione volontaria della quota ideale di comproprietà non dovrebbe esserne consentita l'espropriazione forzata da parte dei creditori? Se il partecipante ha diritto di godere e di sostituire altri nel godimento della quota ideale di proprietà e dei relativi utili e frutti, perchè non dev'essere permesso ai suoi creditori di pignorarli e di farseli assegnare? A prima vista sembra non potersi dare che una risposta affermativa a tali domande; ma, anche in tal caso, la logica dovrebbe cedere ed inchinarsi dinanzi alle tassative disposizioni degli articoli 2077 e 590 sopra citati. Ma, riflettendovi meglio, si scorge chiaramente che, anche quando questi due articoli non esistessero, la soluzione resterebbe identica.

Già l'ultima parte dell'art. 679 avverte che l'effetto dell'alienazione o dell'ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione; ma a prescindere anche da ciò, chi si ferma a considerare il diritto che ogni partecipante ha sugli utili e frutti della cosa comune si accorge chiaramente che si tratta sempre d'una quota astratta sui medesimi, la quale non diventa concreta che in seguito alla divisione. Sino a quando perciò tale divisione, che può chiedersi anche limitatamente ai frutti, naturali o civili, non si è ottenuta, il partecipante, o chi per lui, non ha diritto che sopra una quota astratta di essi frutti, e non mai sopra una determinata parte dei medesimi. Lo Zitelli non disconosce tutto ciò, ma dice che, costituendo le pigioni un credito, si dividono *ope legis* fra coeredi, giusta l'art. 1204 codice civile, e quindi ciascuno di essi può esigere senz'altro la sua parte.

Ma ci vuol poco a scoprire che tale ragionamento è fondato sopra un equivoco.

L'art. 1204 riguarda l'esazione di crediti o il pagamento di debiti che provengono da una eredità, riguarda insomma la divisibilità della obbligazione rispetto agli eredi; ma, nel caso in questione, non si tratta di crediti ereditari, ma di frutti civili, maturatisi dopo l'apertura della successione, di frutti civili che derivano da un cespite ereditario indiviso, del quale, come accessori, seguono la sorte, di frutti civili che sono, a loro volta, indivisi. Nè ha valore l'altro ragionamento dello Zitelli, cioè, che le pigioni di un cespite ereditario, essendo rappresentate da una somma di danaro, si dividono *ope legis* tra i coeredi, perchè il danaro è per sua natura divisibile. Se questo ragionamento fosse giuridicamente esatto, riuscirebbe facile dimostrare che, essendo anche i frutti naturali per loro natura divisibili, più o meno facilmente, dovrebbero ritenersi del pari divisi *ope legis* fra i coeredi, la qual cosa nessuno oserebbe ammettere.

Ciò prova che non è lecito ritenere divisi *ope legis* i frutti naturali o civili derivanti da beni ereditari, argomentando dalla divisibilità naturale dei frutti stessi, come erroneamente ha fatto qualche scrittore, e come ritiene lo Zitelli. D'altronde, concesso pure che il ragionamento, di cui trattasi, fosse giusto, sarebbe soltanto applicabile al caso in cui tutti i cespiti ereditari fossero dati in locazione per un determinato prezzo. Solo allora ciascun coerede

o i suoi creditori potrebbero esigere la loro quota parte dagli inquilini senza attendere la divisione. Ma quando invece si tratta di un grande patrimonio ereditario, come è quello dei Borghese, composto di svariati cespiti, che producono frutti naturali e frutti civili, cespiti, alcuni dei quali sono attivi ed altri passivi, alcuni gravati di pesi ed altri che hanno bisogno di riparazione e di spese di ogni sorta, come è possibile parlare di frutti divisi *ope legis* ?

Questi frutti, naturali e civili, che derivano da un sì vasto patrimonio, costituiscono un sol tutto indiviso, e perciò non è lecito a questo o a quell'erede o ai loro creditori prendere di mira un determinato cespite dato in locazione o in fitto ed esigere una quota parte delle pigioni con lo specioso pretesto che esse sono divise *ope legis*, mentre è chiaro che non a questi frutti soltanto deve guardarsi, ma al loro complesso che è indiviso.

Se fossero permesse dalla legge esazioni di questo genere, ciascuno dei coeredi o i loro creditori potrebbero con facilità recar danno agli altri coeredi, ciò che nella comunione non è assolutamente lecito. Nel caso dell'eredità Borghese, poi, questo danno potrebbe essere maggiore, considerando che don Paolo e don Giovanni Borghese devono conferire nell'eredità della madre tutto ciò che essi ricevettero in vita dalla medesima, e non è improbabile quello che affermano gli altri coeredi, cioè che in seguito alla divisione don Paolo e don Giovanni Borghese resteranno debitori verso la massa ereditaria. Comunque sia, è certo che tanto in conformità dei principî generali che governano la materia della comunione, quanto per il testuale disposto dell'art. 590 cod. proc. civile lo Zitelli non ha il diritto di farsi attribuire le pigioni pignorate presso gli inquilini della casa in via Monserrato, se non dopo la divisione che è in corso...

Per questi motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

1. agosto 1907, n. 845.

Spaziani *Pres.* — Carcani *Est.*

Fabbri (avv. *S. Fabbri*) contro De Benedetti (avv. *G. Albano*).

Nell'ex-Stato pontificio vige ancora la legge della distanza di 200 canne tra farmacia e farmacia; donde il diritto, quesito da chi abbia aperta una farmacia prima della legge sanitaria 22 dicembre 1888, di non tollerare l'apertura di altra farmacia a distanza minore (1).

La Corte ecc. — Osserva che nell'anno 1880, in cui fu aperta la farmacia Rossi, vigevano ancora in questa provincia le disposizioni delle leggi pontificie circa l'esercizio delle farmacie. Imperocchè la legge sanitaria del 30 marzo 1865, n. 2248, pubblicata nelle provincie romane col R. Decreto 6 novembre 1870, n 6191, regolava unicamente il servizio sanitario affidando ai Consigli di vigilanza la tutela della sanità pubblica, e rimanendo soltanto per questa parte abrogate le precedenti disposizioni contrarie, mentre nelle altre parti, riguardanti l'esercizio industriale, rimasero in vigore in tutto il regno le disposizioni preesistenti. E ciò è espressamente detto nell'art. 30 così concepito «*Fino a che una legge speciale provveda, nulla è innovato quanto all'esercizio del commercio o dell'industria delle farmacie*». Quindi nell'articolo 111 del regolamento approvato contemporaneamente col R. D. 20 marzo 1865, numero 2322, si dichiarava: «*Per lo stabilimento di nuove farmacie si procederà a norma delle leggi e regolamenti sanitari attualmente in vigore nelle diverse provincie del Regno; i quali, conformemente all'art. 30 della legge, in ciò che concerne l'esercizio del commercio e dell'industria delle farmacie, non sono abrogati*».

Lo stesso stato di cose continuò anche posteriormente per effetto della legge 22 giugno 1876, n. 1904, che autorizzò il Governo a pubblicare in tutto il Regno un nuovo regolamento, che venne effettivamente pubblicato con R. Decreto 6 settembre 1877 n. 2120, ove fu integralmente riprodotto l'art. 111 di quello del 1865 che qui è stato trascritto.

---

(1) Per questi ed altri argomenti in materia di vincoli farmaceutici rimandiamo alla *nota* che accompagna la decisione 26 marzo 1907 n. 272 della Cass. Roma, nel presente fascicolo, pag. 387.

Nè a queste disposizioni fece alcuna eccezione la modificazione introdotta nel regolamento in forza del R. D. 14 gennaio 1877 n. 3636, il quale nell'art 97, circa la facoltà di condurre una farmacia, sostituì al Ministro dell'Interno il Prefetto, e riunì sotto l'art. 111 le disposizioni degli art. 111 e 112 riguardanti il primo l'apertura delle nuove farmacie, e il secondo l'esercizio di quelle rimaste vacanti, mantenendo sempre ferme per le une e per le altre le disposizioni antiche conservate dall'art. 30 della legge. E' vero che nell'art. 102 fu disposto che l'autorizzazione dell'esercizio della farmacia non potrà darsi in verun caso se non a titolo personale vitalizio, ma non deve dimenticarsi la distinzione già accennata, nè deve confondersi l'esercizio dell'industria commerciale di cui sono oggetto le farmacie, in quanto costituisce una proprietà commerciale, con l'esercizio professionale, di cui all'art. 97 in relazione con il precedente art. 111.

Per queste considerazioni resta eliminata fin da ora l'eccezione data dall'appellante che la concessione, essendo stata data al Ricci a titolo personale e vitalizio, i diritti e privilegi che esso avesse potuto acquistare non potevano essere trasmissibili al De Benedetti.

Imperocchè, come già si è detto, l'esercizio industriale continua ad essere regolato dalle antiche leggi ed è proprietà inviolabile di chi ha impiantato una farmacia legalmente autorizzata, e l'esercizio professionale, regolato con la nuova legge, è esclusivamente personale del conduttore o esercente sottoposto alle discipline sanitarie, anche ora non dissimili delle antiche, le quali, ammettendo il passaggio della proprietà delle farmacie agli eredi per successione o ad estranei per contratto, richiedevano sempre obbligatoriamente che all'esercizio fosse preposto il professionista legalmente autorizzato. Per cui l'autorizzazione personale e vitalizia concessa al Ricci riguarda l'esercizio che è alle dipendenze dell'autorità amministrativa, non la proprietà industriale, che passò al De Benedetti in forza del contratto ed è regolata dalle leggi civili; e l'autorizzazione del Prefetto non ebbe, nè poteva avere altro scopo che quello dell'esercizio professionale prima del Ricci e poi del Benedetti nella farmacia aperta dal primo.

Resta pertanto evidente che, nell'anno 1889, i diritti e privilegi relativi alla industria e commercio delle farmacie derivanti dalle antiche leggi erano comuni tanto alle farmacie già esistenti, quanto alle nuove, e che per effetto delle precedenti disposizioni furono acquistati dal Ricci con l'apertura della farmacia, e trasferiti poi nel De Benedetti, indipendentemente dall'esercizio professionale regolato con nuove leggi.

Passiamo ora ad osservare se la nuova legge 22 dicembre 1888 n. 5849, che dette maggiore estensione alle discipline sanitarie abbia potuto portare innovazione ai diritti e privilegi preesistenti, secondo le antiche leggi.

La risposta non può essere che negativa, perchè anche questa al pari della legge del 1865 lasciò impregiudicati i diritti dei proprietari delle farmacie, riservandosi di provvedervi con una nuova legge che fino ad ora non è stata emanata. Leggesi, infatti, nell'articolo 68: *Sarà presentato entro cinque anni dalla promulgazione della presente legge apposito progetto di legge per l'abolizione dei vincoli e privilegi esistenti nel Regno nell'esercizio delle farmacie, al fine di regolare le indennità che potranno occorrere e provvedere i mezzi necessari a questo scopo.* Che anzi da questa legge viene a riaffermarsi la distinzione già rilevata circa l'esercizio industriale delle farmacie come proprietà privata, i cui diritti e privilegi non potevano abolirsi se non con un'indennità come ogni altro bene patrimoniale — e l'esercizio della professione oggetto diretto della nuova legge. Ciò è anche in relazione all'articolo 26 della stessa legge, la quale per l'apertura di una nuova farmacia non richiede che il preventivo avviso, rimanendo a responsabilità dell'industriale l'eventuale lesione dei diritti patrimoniali altrui, che potessero verificarsi, mentre richiede per l'uso o servizio al pubblico un direttore che sia farmacista legalmente approvato. Laonde la libertà di commercio introdotta dalla nuova legge per le farmacie deve come ogni altro diritto intendersi concesso in modo da non ledere i diritti quesiti dagli altri, finchè questi non siano stati riscattati con una adeguata indennità, come il legislatore si era proposto di fare, ma che finora non ha fatto.

Laonde la giurisprudenza non poteva non essere costante nel riconoscere l'esistenza dei diritti e privilegi che garantiscono l'interesse industriale dei proprietari di farmacie aperte prima della legge 22 dicembre 1888.

Quanto ai vincoli e privilegi garantiti dalle precedenti leggi non è già il caso di occuparsi di altri che di quello della distanza fra due farmacie, stabilita in canne sessanta da Benedetto decimoquarto nel millesettecentoquarantasei, portata a canne duecento da Clemente decimoquarto colla Bolla 5 febbraio 1771, quale divieto costituendo un diritto per le farmacie legalmente autorizzate, è stato riconosciuto costante fino ai giorni nostri non solo dalla giurisprudenza Rotale, ma anche da quella degli odierni Tribunali e dalle stesse Corti regolatrici, fra le quali recentissima quella della Corte Suprema di questa Città, 26 marzo 1907., in causa Tosti e Negri c. la Ditta Roberts e C. (sentenza n. 272) confermativa di quella di questa Corte 2-15 marzo 1906, la quale, se respinse il diritto reclamato, fu per la considerazione che la distanza minore esisteva da tempo immemorabile, ed era stata pacificamente tollerata da chi avrebbe avuto il diritto di reclamare.

E difatti l'argomento con il quale si è creduto sostenere l'inapplicabilità della Bolla Clementina consiste nel nuovo ordinamento delle farmacie compilato dalla Congregazione speciale di Sanità in forza delle attribuzioni affidatele coll'editto venti luglio milleottocentotrentaquattro e pubblicato dall'Ecc.mo affidategli coll'editto venti luglio milleottocentotrentasei. Si credeva erroneamente che questo nuovo ordinamento formasse una legge unica in tutto ciò che riguardava l'istituzione e l'esercizio delle farmacie, tanto nei rapporti industriali di indole civile, quanto nella tutela della sanità ed interesse del pubblico. E qui sta l'errore. Imperocchè le attribuzioni date alla detta Congregazione coll'Editto Galeffi venti luglio milleottocentotrentaquattro furono limitate a meglio regolare (come è detto nell'art. 1.) il *regime sanitario in tutto ciò che concerne la garanzia della salute pubblica dai pericoli che potessero sovrastarle;* ed aggiunge: *tutte le materie sanitarie o che hanno stretta relazione con questo ramo saranno di privativa attribuzione e giurisdizione della suddetta Congregazione.* Questa adunque doveva disimpegnare ciò che con le attuali leggi si disimpegna il Consiglio superiore di Sanità, oltre la facoltà (art. 3) di prendere in esame, risolvere e decidere *tutte le materie sanitarie ed emettere quei provvedimenti che le circostanze richiederanno e saranno espedienti a tutelare la pubblica salute sempre a termini del Codice Sanitario e delle leggi e dei regolamenti vigenti.*

Quest'ultima espressione già basterebbe per dedurne che non si vollero abrogare, ma mantenere le disposizioni precedenti, specialmente per quanto riguarda i diritti acquisiti, conciliabili con le disposizioni puramente sanitarie cui erano limitati i poteri di questa Congregazione.

Ciò è confermato dallo stesso ordinamento sulle farmacie compilato per delega sovrana dalla stessa Congregazione e pubblicato. li quindici novembre 1836, che, come leggesi nel proemio, *riguarda l'esatta preparazione e conservazione, nonchè il regolare smercio dei medicinali nell'interesse della salute pubblica.* Ed in conseguenza in virtù delle attribuzioni affidatele sottoponeva alla autorità sovrana, sotto il detto titolo di ordinamento delle farmacie, *due nuovi regolamenti uno dei quali riguarda la massima con cui si debbono conservare e spacciare al pubblico i medicinali semplici o composti, l'altro relativo al modo col quale debbono farsi le visite delle farmacie.*

E difatti l'ordinamento non comprende che questi due capitoli con le stesse intestazioni, di maniera che non è che un'aggiunta alle vigenti disposizioni sull'esercizio sanitario delle farmacie, senza abrogare in alcun modo i diritti quesiti dai proprietari, regolando unicamente l'esercizio professionale nei rapporti con il pubblico. Rimasero quindi in vigore anche le disposizioni relative alla distanza stabilita dalla Bolla di Clemente XIV, le quali non riguardavano affatto l'esercizio professionale, ma l'esercizio industriale per la concorrenza di più esercizi. Fece, è vero, una modificazione circa il numero delle farmacie, che in Roma fu fissato a 60 da Papa Clemente XI, nel 1721, e limitato poi a 40 da Pio VI, seguendo invece il criterio del numero della popolazione da adottarsi in tutto lo Stato, cioè una farmacia per ogni 3000 abitanti (articolo 10), ritenendo con ciò essersi convenientemente provveduto ai bisogni della popolazione ed anche all'interesse dei farmacisti; ma questa disposizione non è in opposizione con la preesistente norma delle distanze, ma vale piuttosto a completarla, giacchè, volendosi raggiungere il doppio intento della utilità pubblica e dell'interesse economico dei farmacisti, era prudente ed opportuno evitare, specialmente nelle grandi città, l'agglo-

meramento di più farmacie in un centro ristretto, nel qual caso gli abitanti più distanti non godrebbero del beneficio di una farmacia per ogni 3000 abitanti. Per cui questa limitazione del numero doveva necessariamente, secondo lo spirito delle nuove disposizioni e la volontà del legislatore, andar congiunta, come lo era prima, con il vincolo della distanza minima, che non potè essere abrogata, quando invece lo stesso legislatore coll'articolo 3 dell'Editto 20 luglio 1834 volle mantenute le leggi e regolamenti vigenti.

Si eccepisce, però, dalla difesa dell'appellante che la Bolla Clementina non parla di apertura di nuove farmacie, ma soltanto di trasporto di quelle esistenti da un luogo ad un altro. Questo argomento dice troppo, ma nulla conclude, perchè ripugnerebbe al buon senso che si proibisse ad un farmacista già esercente di trasportare la sua farmacia in prossimità di altra, e si permettesse invece l'apertura di una nuova a distanza minore di quella legale. Ma la ragione per cui non si parla delle nuove farmacie sta precisamente nel sistema allora vigente della limitazione del numero delle farmacie che formavano un titolo di proprietà trasmissibile anche agli eredi; ma unicamente pel trasferimento di quelle già esistenti che si trasmettevano o per successione o per contratto.. E se per effetto dell'aumento della popolazione abbiamo potuto in seguito aprirsi nuove farmacie in proporzione del numero degli abitanti, ciò non toglie forza alla preesistente disposizione, la quale volle che le farmacie fossero ripartite nel territorio abitato in relazione anche alla distanza e che istituita una farmacia in una data località in epoca in cui vigevano le disposizioni del cessato Governo il farmacista abbia acquistato il diritto all'osservanza delle distanze, diretto non solo a tutelare l'interesse pubblico, ma anche l'interesse privato circa l'esercizio dell'industria, interesse che sotto il titolo di privilegio fu mantenuto a favore di chi lo acquistò tanto coll'art. 30 della legge sanitaria 20 marzo 1865, quanto con la successiva legge 22 dicembre 1888, e per l'abolizione del quale, ripetesi, il legislatore non ha ancora provveduto.

Ritenuto che deve perciò confermarsi la sentenza appellata, deve l'appellante come soccombente rispondere degli onorari e spese anche di questo giudizio d'appello.

Per questi motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

14 settembre 1907, n. 905

Spaziani, *Pres.* — Manferoce, *Est.*

Cassa assicurazione impresa Vitali (avvocato *C. Massarini*) contro D'Agostini (avv. *Antonio Gabrielli*).

In materia d'infortuni può validamente transigersi, oltrechè sul diritto alla indennità e sulla misura di questa, a termine dell'articolo 14 alinea del testo unico 31 gennaio 1904, anche sul diritto alla revisione entro il biennio di legge (1).

L'operaio che transige, dichiarando di non aver null'altro a pretendere anche per l'avvenire, deve intendersi che transige pure sul diritto alla revisione e si preclude l'adito a valersi di essa (2).

La Corte ecc. — Senza dubbio ad eccessiva e non giustificata tutela degli infortunati l'appellata sentenza si è ispirata per non accogliere la dedotta e ben fondata eccezione d'inammissibilità della domanda proposta dal D'Agostini Luigi contro l'appellante Cassa di Assicurazioni. E senza rilevare la manifesta contraddizione nella quale i primi giudici caddero, giacchè, negando efficacia alla transazione avente per oggetto fatti futuri (modificazioni nelle condizioni fisiche dell'infortunato dopo la transazione), la perizia estesero anche a fatti noti e passati (errore del primo giudizio che servì di base alla transazione), certo è però che la creata distinzione tra fatti noti e presenti e fatti ignoti e futuri non è nè nella

---

(1-2) Pubblichiamo questa decisione perchè ci sembra che sull'importante argomento della perdita del diritto alla revisione per transazione avvenuta tra operaio infortunato ed istituto assicuratore sia meno rigida dell'altra che la precede e che fu emanata dalla medesima Corte di appello. Là si disse che *ogni transazione*, omologata dal Tribunale, è di ostacolo al giudizio di revisione, mentre qui si riconosce l'ostacolo solo nella transazione che specificamente abbia contemplato l'avvenire.

Per la dottrina e la giurisprudenza rimandiamo alla nota di corredo della prima decisione, che trovasi pubblicata più indietro in questo stesso fascicolo, pag. 410.

lettera, nè nello spirito della legge. Infatti se lo stesso Tribunale riconobbe che il divieto di cui all'art. 14 alinea della legge sugl'infortuni degli operai sul lavoro è relativo alle convenzioni precedenti all'infortunio, e ciò all'unico fine di non eludere con preventiva rinuncia, spesso animata dal bisogno, il salutare scopo della legge, avvenuto l'infortunio, la transazione fu espressamente permessa dal legislatore col capoverso del detto articolo, e come unica garanzia a tutela dei diritti dell'operaio infortunato si volle solo l'omologazione del Tribunale. La mentovata distinzione perciò, se non è nella lettera della legge, non può sorgere neppure dallo spirito di essa, giacchè se prima dell'infortunio l'operaio non era in grado di poter misurare la importanza e la portata d'una preventiva rinuncia ed avea bisogno perciò di speciale tutela, dopo l'infortunio, nato il diritto all'indennità, ogni contestazione su di esso e sulla sua misura l'operaio è in grado di poter valutare, ed il legislatore, animato dal sentimento di vederla prontamente difinita, volle espressamente sanzionare che possa formare obbietto di transazione, purchè omologata dal Tribunale. Nè si dica che permettendogli la transazione anche sul diritto alla revisione nel biennio, massime pel caso d'aggravamento nelle condizioni fisiche dell'infortunato, avvenuto dopo la transazione, si versi nel caso dell'alinea dell'art. 14 nell'ignoto e nel futuro, ciò che la legge non permise fosse obbietto di convenzione. Ciò non è esatto, perchè i due *ignoti* non si equivalgono. Il primo, quello antecedente al sinistro, è di natura così incerta da sfuggire a qualsiasi previsione; non così il secondo pel quale, dopo il sinistro, essendosi in presenza di fatti *certi*, si ha la base di potere, in determinati limiti, conoscere delle ulteriori conseguenze.

Vi sarà un'alea, e questa, entrando nel calcolo delle parti, ben potrà formare obbietto di transazione che il legislatore non volle con speciale disposizione vietare.

Sia pure il biennio un termine di esperimento, un sistema dalla legge stabilito, come ritenne il Tribunale, per meglio accertarsi delle conseguenze dello infortunio, ma quando le parti di questi benefici ne hanno valutato lo ammontare, sia pure in modo non esatto, quando il legislatore ciò espressamente non ha vietato, la transazione, che si fonda appunto sul sacrificio di una parte del vantaggio che si potrebbe sperare per non risentire tutta la perdita che si potrebbe temere, non può essere ostacolata. Se adunque in difetto di speciale disposizione debbonsi nel caso applicare le norme dettate dal codice civile, non può certamente dubitarsi che trattandosi di un diritto futuro la transazione sia permessa. L'articolo 1118 codice civile espressamente sanziona che « le cose future possono formare oggetto di contratto », e l'unica eccezione è fatta per le successioni non ancora aperte.

Con gli articoli 1764 e seguenti poi, che specialmente della transazione si occupano, nessuna limitazione è fatta in proposito, onde, esistendo il diritto, poco importa che questo sia eventuale e condizionale perchè possa formare obbietto di transazione.

E se il diritto a transigere non può essere negato, non può nel fatto non ritenersi che il D'Agostini abbia con l'atto 22 dicembre 1905 inteso di transigere anche pel caso di revisione. E di vero, se il D' Agostini dichiarò di accettar la proposta fattagli dalla Cassa, la quale con la somma offerta espressamente intese di « null'altro dover rispondere al *D'Agostini nè* «*per ora, nè per l'avvenire* in conseguenza «dell'infortunio subito il giorno 29 aprile 1905», se il D'Agostini, accettando quella dichiarazione, era in grado di ben valutarne la portata, giacchè pochi giorni prima gli arbitri dottori non si erano messi completamente d'accordo sulla prognosi della sua infermità, in quanto il dott. Villa ritenne la lesione suscettibile di miglioramento e forse anche di guarigione, ed il dott. Tioli invece portò giudizio che non presentava alcuna garanzia di guaribilità, ma tutto al più di lievissimo miglioramento, nella mentovata espressione *per l'avvenire* indubbiamente le parti dovettero riferirsi al diritto alla revisione che era il solo che *per l'avvenire* avrebbe potuto tenere obbligata la Cassa verso il D'Agostini. E non ha importanza in proposito la considerazione fatta dal Tribunale, mettendo in confronto l'atto transativo nelle sue ampie dichiarazioni e rinuncie con la deliberazione che l'omologò, giacchè con la detta omologazione nessuna limitazione alla transazione fu apposta, e perciò ebbe la sua piena esecuzione.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

5 luglio 1907 n. 1513

Tempestini *Pres.* — Timpanelli *Est.*

Ditta Tesini e Mantegazza (avv. *A. Paolella* e *A. Gabrielli*) contro Ferrovie dello Stato avv. *A. Grazzini* e *G. Piccirilli*).

La responsabilità piena della Ferrovia per trasporti eseguiti sotto il regime delle tariffe speciali, è ammessa solo nel caso di dolo o colpa lata (1).

Il fatto di restare la merce giacente in una stazione di transito non può dar vita alla colpa lata (2).

Il fatto di aver la Ferrovia omesso di ricercare la merce che si trovava in viaggio, per inoltrarla più sollecitamente a destino, non costituisce colpa grave, tanto meno poi quando la merce viaggi in periodi di eccezionale traffico (3).

La Ferrovia non risponde dell'avaria conseguente a tardata resa di un trasporto eseguito a tariffa speciale, salvo il caso che il ritardo sia dovuto a dolo o colpa grave (4).

I termini di resa debbono calcolarsi giusta i criteri indicati dalla legge ferroviaria ed essi sono e debbono essere quelli legali, non già quelli consuetudinari (5).

L'inoltro coi treni diretti od accelerati può essere consentito se ed in quanto risulti chiesto dallo speditore sulla nota di spedizione (6).

Il Tribunale, ecc. — Osserva che nel merito la ditta Tesini e Mantegazza, come primo motivo del proprio appello, deduce di avere il Pretore, colla appellata sentenza, accolto un erroneo principio in tema di trasporto di cose per ferrovia, il principio cioè che, viaggiando la merce sotto il regime delle Tariffe speciali, l'Amministrazione, in caso di ritardo, non debba rispondere dei relativi danni se non quando sia in dolo o in quella colpa gravissima che al dolo è equiparata. Per l'appellante invece la Amministrazione delle ferrovie è tenuta a rispondere di tutti i danni derivanti dal ritardo nella resa delle cose trasportate, sempre che nel ritardo stesso concorra una colpa qualsiasi da parte sua, sia pure lieve, donde la conseguenza che il Pretore doveva ammettere la chiesta prova per testimoni e non doveva preoccuparsi che i fatti, con essa dedotti, non implicassero una colpa gravissima.

Questo motivo di appello impone l'esame di questione lungamente dibattuta e diversamente risoluta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Per l'art. 416 del vigente codice di commercio le stipulazioni che escludono o limitano nei trasporti per strada ferrata le obbligazioni e le responsabilità dalla legge stabilite per il vettore sono nulle e di nessuno effetto se anche fossero permesse da regolamenti generali o particolari, salvo che alla limitazione di responsabilità corrisponda una diminuzione del prezzo di trasporto stabilito per le tariffe ordinarie, diminuzione offerta con tariffe speciali. In corrispondenza a simile disposizione con la legge 27 aprile 1885 numero 3048, relativa alle tariffe e condizioni pei trasporto sulle strade ferrate, furono stabilite non solo *tariffe ordinarie* sotto il cui regime la responsabilità del vettore è piena, ma anche *tariffe speciali*, ossia ridotte, alle quali corrisponde una limitazione nella responsabilità del vettore. Ciò premesso, l'art. 7 delle

---

(1-3) Questa decisione è importante non tanto per ciò che riflette la responsabilità delle Ferrovie nel caso di dolo o colpa lata quando si tratti di spedizione effettuata a tariffa speciale, ma soprattutto perchè spiega quali fatti costituiscano la *culpa lata*. Di solito la controversia che il privato ingaggia al riguardo con le Ferrovie si rivela completamente empirica: qui scendiamo, invece, ai casi pratici, su terreno, dove liti consimili quasi mai non scendono, che, se vi scendessero, molti dibattiti giudiziali sarebbero eliminati.

Cfr., da ultimo, stesso Trib. civ. Roma 18 maggio 1906, est. DE FICCHY, in questa Raccolta 1906, 278, e Trib. civ. Catanzaro 28 giugno 1907, in *Ferr. ital.* 1907, 287. *Contra*: A. Roma 25 aprile 1907, est. CAPRIOLO, e non MOSCA, come fu stampato per mero errore nell'intestazione della sentenza stessa, la quale può leggersi a pag. 228, corr. annata della nostra Raccolta.

(4) Conforme: Trib. civ. Milano 3 aprile 1907, in *Ferr. ital.* 1907, 214. Vedi, però, U. NAVARRINI, *L'indennizzo dell'avaria derivante da ritardo*, nello stesso periodico *Le ferrov. ital.*, 1907, 212 e 252.

(5) I detti termini sono anche indivisibili (Trib. civ. Lecco 21 marzo 1907, *Ferr. ital.* 1907, 171, e Pret. VI Mand. di Roma 15 dicembre 1905, nella presente Raccolta, anno 1906, pag. 46.

(6) Non potrebbe seriamente contrastarsi l'esattezza di questa massima, che ha base nel chiaro disposto delle tariffe.

Condizioni Generali per l'applicazione di simili tariffe speciali dispone che:

« **Per qualunque caso di ritardo oltre il termine stabilito per la resa delle cose trasportate l'Amministrazione è tenuta soltanto a rimborsare od abbonare una parte del prezzo di trasporto proporzionale alla durata del ritardo, oppure l'intero prezzo di trasporto se il ritardo è durato il doppio del termine anzidetto** ».

Ora nell'interpretazione di questo art. 7 delle Condizioni per l'applicazione delle tariffe speciali la dottrina e la giurisprudenza hanno, con alterna vicenda, insegnato tre diverse teorie, alcuni sostenendo che l'Amministrazione delle ferrovie non debba in nessun caso rispondere dei danni derivati dal ritardo, nemmeno se questo sia effetto di dolo o colpa lata, altri affermando precisamente l'opposto, cioè che l'Amministrazione debba sempre rispondere de' danni tranne che il ritardo sia derivato da caso fortuito o da forza maggiore, altri infine ammettendo una responsabilità per l'Amministrazione nel solo caso in cui il ritardo sia derivato da dolo, od anche da colpa lata che al dolo è equiparata.

Che quest'ultima opinione però sia la sola che risponda al concetto informatore della disposizione in esame si fa manifesto, per poco si consideri nella generale sua struttura la citata legge 27 aprile 1885 e si ponga mente ancora ai principi di diritto comune intorno all'adempimento delle obbligazioni. Invero coloro che avvisano che debba sempre l'Amministrazione rispondere dei danni, tranne che il ritardo sia derivato da caso fortuito o da forza maggiore, traggono argomento dall'articolo 139 della indicata legge. Ma con la legge 27 aprile 1885 furono approvate le condizioni generali per l'applicazione delle tariffe ordinarie e le condizioni generali per l'applicazione delle tariffe speciali, e il riferito art. 139 trovasi nella parte riflettente i trasporti a tariffe ordinarie e male si applica quando, come nella specie, si tratti di trasporti a tariffa speciale.

D'altra parte se, trattandosi di tariffe speciali, l'esclusione o la limitazione della responsabilità della Amministrazione dovesse avverarsi soltanto nel caso fortuito o di forza maggiore, non vi sarebbe più alcuna differenza tra tariffe ordinarie e tariffe speciali, e queste ultime sarebbero del tutto inutili, perchè ne verrebbe meno lo scopo qual'è appunto quello della esclusione o limitazione di responsabilità da parte del vettore in compenso della più ristretta misura del prezzo di trasporto. Il caso fortuito e la forza maggiore escludono la responsabilità anche nel diritto comune, come si desume dall'art. 1226 C. C. e, per esimersi da responsabilità in tali circostanze, l'Amministrazione non aveva bisogno di concedere riduzione sul prezzo ordinario del trasporto. L'avviso opposto poi, che esclude la responsabilità del vettore anche quando il ritardo derivi da dolo o colpa lata costituisce un grave errore giuridico, in quanto il dolo non può mai costituire materia di contrattazione e quindi non può mai escludersi la responsabilità che dal dolo derivi, e lo stesso va detto della colpa lata la quale, come infetta da mala fede, anche nel diritto moderno è al dolo equiparata. E messe da banda le due opinioni estreme, non resta da potersi accogliere se non quella che, in casi di trasporti a tariffe speciali, ammette la responsabilità piena della Amministrazione nel solo caso che il ritardo ritardo derivi da dolo o da colpa lata. Ed in questo convincimento ne confermano anche i precedenti parlamentari che si hanno intorno alle condizioni generali per l'applicazione delle tariffe speciali. E' noto infatti che, discutendosi nella tornata del 19 febbraio 1885 alla Camera dei deputati la convenzione ferroviaria, il Ministro Pessina alle accuse sollevatesi contro le disposizioni degli art. 5 e 7 delle condizioni medesime così rispose:

« Debbo poi richiamare l'attenzione dei miei avversari sull'argomento che essi hanno posto innanzi, che colla stipulazione attuale si viene ad annullare la responsabilità derivante da dolo. Ma quando si parla di limitazione di responsabilità non si può mai escludere quella che derivi da dolo ». E con tale dichiarazione dell'autore della legge non sa intendere questo Collegio come possa essersi finora tanto discusso sulla retta interpretazione dell'art. 7 delle Condizioni Generali per l'applicazione delle tariffe speciali. Codesto articolo limita la responsabilità della Amministrazione in tutti indistintamente i casi di ritardo nella resa delle cose trasportate, tranne quello in cui il ritardo medesimo sia derivato da dolo o da quella colpa gravissima che il diritto romano chiamava

lata, e che *dolo aequiparatur*, perchè, come infetta da mala fede, è al pari del dolo esclusa dal contratto.

Nè a fin di escludere la responsabilità del vettore nel caso di *colpa lata* e restringerla al solo caso di dolo, giova addurre, come la Amministrazione delle ferrovie adduce, che nel diritto moderno la colpa contrattuale non ammette gradazione e che quindi non sarebbe possibile ricostruire il concetto ed indagare il contenuto della *colpa lata*. Evidentemente l'Amministrazione appellata confonde la colpa contrattuale con la colpa aquiliana. In questa ogni omissione di diligenza obbliga al risarcimento, e sotto questo aspetto suol dirsi che nella colpa aquilana non v'ha graduazione di sorta. Ma nella colpa contrattuale, se da una parte si è abbandonata la triplice graduazione, insegnata dagli interpreti del diritto romano, tranne che dal Donello, e dimostrata poi non conforme al diritto stesso, dall'altra parte può dirsi ormai generalmente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza la distinzione in colpa *grave e lieve*, distinzione dalla quale nel diritto patrio non è dato prescindere, perchè accolta dallo stesso legislatore italiano, come può desumersi da diverse disposizioni del Codice civile vigente (art. 970, 1124 capov., 1589, 1746, 1810, 1843, 1844 ed altri), e come si apprende ancora dalla disposizione dell'art. 405, primo capov., Cod. comm., dove alternativamente col dolo si accenna ad una *manifesta negligenza*, che senza dubbio va intesa come la più grave forma di negligenza, ossia come colpa lata, secondo emerge anche dai lavori preparatori del codice stesso.

Molto meno poi vale ricorrere alla vieta teoria, secondo la quale la colpa dell'Amministrazione delle ferrovie non potrebbe mai essere grave, perchè *indiretta*.

La più autorevole dottrina insegna che la responsabilità del rappresentato per il fatto del proprio rappresentante non mette capo nella *culpa in eligendo*, ma è responsabilità diretta, giacchè per l'indole stessa del rapporto nascente dalla rappresentanza rimane confusa, rispetto ai terzi, la persona del rappresentante in quella del rappresentato, e questo ultimo può bene, quando ne sia il caso, essere tenuto a prestare anche la colpa grave.

Senza più dunque, per le norme speciali del diritto ferroviario e pei principi di diritto comune, viaggiando la merce sotto il regime delle tariffe speciali, l'Amministrazione delle ferrovie risponde dei danni derivati dal ritardo non solo in caso di *dolo*, ma anche in quello di *colpa grave*, e non è tenuta poi a risponderne in caso di *colpa lieve*. E posti questi principii, essendosi il Pretore convinto (e giustamente convinto, come appresso sarà detto) che i fatti dedotti come capitoli di prova dalla Ditta Tesini e Mantegazza, anche dimostrati, non avrebbero determinato la *colpa lata* del vettore, ben fece a negare la ammissione della chiesta prova per testimoni, e nessuna censura merita per questa parte l'appellata sentenza.

Osserva però che la Ditta Tesini e Mantegazza, scendendo a subordinate, con altro motivo d'appello si fa a sostenere che i fatti che intendeva e intenderebbe provare con testimoni sono tali da implicare una colpa grave nella Amministrazione delle Ferrovie e non semplicemente una colpa lieve. Ora il capitolo di prova dedotto dall'appellante e tendente a dimostrare la pretesa colpa grave, quella colpa che dovrebbe essere equiparabile al dolo, è così concepito:

« Che il burro, spedito a g. v., fu dal vetto-
« re, per manifesta negligenza dei suoi agenti,
« abbandonato e dimenticato in una stazione
« di transito, nè l'Amministrazione curò, in
« seguito alle proteste della Ditta, di telegra-
« fare e promuovere indagini ».

Ciò premesso, non è chi non veda, come disse il primo giudice, che i fatti dalla Ditta Tesini e Mantegazza dedotti non determinano la colpa *lata* della Amministrazione. Invero le parole dell'inciso: « *per manifesta negligenza dei suoi agenti* » nulla importano, giacchè la negligenza, grave o lieve che sia, giuridicamente non è un fatto per sè stessa, ma va desunta da fatti determinati che chi intende di provare con testimoni è tenuto a specificatamente dedurre giusta il disposto dell'art. 229 del Codice di procedura civile. E tolto simile inciso, non restano se non l'abbandono e la dimenticanza della merce in una stazione di transito e l omissione delle indagini dopo le proteste della Ditta destinataria. Ma il fatto di restare la merce in una stazione di transito, segnatamente in un lungo viaggio, durante il quale, come nel viaggio da Melegnano a Roma, si attraversano numerose stazioni, costituisce la causa più ordinaria de' ritardi che sogliono avverarsi nella resa delle cose trasportate. Bisogna astrarre

del tutto dalla sfera estesissima, entro cui si svolge il traffico ferroviario, per potere ascrivere a colpa grave il fatto per cui, nelle diverse manovre di carico e scarico, operate nelle stazioni intermedie, una spedizione resti in una di tali stazioni senza proseguire il suo viaggio. Come bene osservano speciali trattatisti della materia, si ha in simili casi una negligenza, una mancanza di sollecitudine, ma non straordinaria; è una negligenza di cui possono rendersi colpevoli tutti, anche coloro che sono buoni padri di famiglia. Nè diversa conseguenza giuridica potrebbe avere, ove fosse dimostrata, l'omissione delle ricerche da parte dell'Amministrazione dopo le proteste della Ditta appellante.

Il burro fu spedito in pieno periodo delle feste natalizie, epoca in cui, secondo che la stessa appellante ammette, le spedizioni sogliono essere tali e tante, il traffico ferroviario suole assumere tali proporzioni, da render pressochè impossibili e veramente vane le indagini, cui allude l'appellante. L'Amministrazione delle Ferrovie, in quell'epoca di vertiginoso movimento di merci, trovavasi quasi nella materiale impossibilità di fare ricerche in più e più stazioni, incerta anche della linea lungo la quale era avvenuto il disguido, non essendo controverso che la merce, giunta da Milano a Parma, poteva da quest'ultima stazione intraprendere indifferentemente la linea di Sarzana-Pisa-Civitavecchia, ovvero l'altra linea Bologna-Pistoia-Firenze. E tutto ciò senza dire che non vi sarebbe stata ragione alcuna di iniziare indagini, se non dopo scaduto il termine per la resa, ed allora, anche venendosi a sapere in quale stazione giacesse, il burro non avrebbe impiegato minor tempo per giungere alla stazione di Roma e non sarebbe andato esente dalla incontrata avaria. *Lata culpa est nimia negligentia*, insegnava il giureconsulto romano, e *latae culpae finis*, soggiungeva poi, *est non intelligere id quod omnes intelligunt*. E se da questi stessi insegnamenti il diritto moderno trae il contenuto della colpa grave, non è chi non veda come i fatti, che la Ditta Tesini e Mantegazza vorrebbe provare con testimoni, non implicano colpa grave da parte dell'Amministrazione ferroviaria.

Se anche pienamente dimostrati, tali fatti non determinerebbero quel non prevedere ciò che tutti ordinariamente han virtù di prevedere, quella eccessiva enorme negligenza che è infetta da malafede, e in che si chiude il concetto della colpa grave. E come *frustra probatur quod probatum non relevat*, così ben fece il primo giudice in negare l'ammissione di una prova per testimoni che nulla avrebbe stabilito a conforto della domanda; ed anche questo secondo motivo di appello deve andare respinto.

Osserva che ancora un terzo motivo presenta la Ditta Tesini e Mantegazza in sostegno del proprio appello, e con esso si fa a sostenere che, data pure la mancanza assoluta di dolo o di colpa qualsiasi da parte dell'Amministrazione, l'avaria riportata dal burro e valutata L. 366.20 doveva sempre ritenersi a norma dell'art. 5 delle Condizioni per l'applicazione delle tariffe speciali, e quindi almeno per questa parte il Pretore doveva accogliere la domanda. Ma neppure siffatte considerazioni hanno fondamento giuridico, e sarà agevole dimostrarlo.

Innanzi tutto giova premettere che nella specie non è punto controversa la causa dell'avaria, ammettendosi concordemente da entrambe le parti che causa unica ed esclusiva dell'avaria fu il ritardo nella resa della spedizione. E ciò premesso, ponendo mente al sistema seguito dal legislatore nel disciplinare il risarcimento del danno derivato dalla merce che viaggia sotto il regime delle tariffe speciali, si scorge di leggeri come l'Amministrazione delle ferrovie nella specie non sia tenuta a risarcire l'avaria di cui si tratta.

Nelle condizioni generali per l'applicazione delle tariffe speciali, condizioni che sono le sole che devonsi tenere presenti nella risoluzione della controversia in esame, il legislatore considera prima i danni derivati alla merce da cause che non riflettono il ritardo nella resa, e poi considera i danni derivati unicamente dal ritardo. Dei primi si occupa l'art. 5, degli altri l'art. 7.

I danni che non provengono da ritardo nella resa non possono consistere se non in perdite od avarie e perciò nell'art. 5 si parla esclusivamente di perdite od avarie. E come tali danni sono meno facili ad avverarsi e perciò meno frequenti, così ne è maggiore la misura del risarcimento, il quale consiste nel rimborso della spesa del trasporto e nel valore della merce calcolato sulla base del prezzo nel luogo e nel tempo della accettazione del trasporto. I danni poi derivati dal ritardo sono vari e molteplici e sono compresi in essi le avarie, come nel genere è compresa

la specie, tranne che le avarie stesse traessero origine anche da altri fatti diversi dal ritardo, ciò che nella specie non ricorre. E come questi danni tutti, provenienti da ritardo, sono più facili ad avverarsi e quindi assai più frequenti, così ne è minore la misura del risarcimento, il quale, giusta il ripetuto art. 7, consiste nel solo rimborso totale o parziale della spesa di trasporto. E che questo e non altro sia il concetto del legislatore emerge all'evidenza dal contesto dello stesso art. 7 già innanzi trascritto.

Quando una disposizione stabilisce che per *qualunque caso di ritardo* l'Amministrazione è tenuta soltanto a rimborsare una parte proporzionale del prezzo di trasporto o tutto il prezzo stesso, non è chi non veda che, oltre quel rimborso, null'altro è dovuto, nemmeno l'avaria. La specificazione di quella cosa, che sola è dovuta, implica l'esclusione di tutte quante le altre, senza eccezione di sorta, a meno che l'eccezione non sia espressamente stabilita, ciò che nella specie non si ha perchè nessuna eccezione è stabilita per l'avaria. Nè vale richiamare le disposizioni degli art. 139 e 142 che riflettono il trasporto a tariffa ordinaria. La Ditta Tesini e Mantegazza, al pari di quella dottrina e giurisprudenza di cui invoca l'autorità, confonde ripetutamente le disposizioni per le tariffe ordinarie con le disposizioni per le tariffe speciali, e da una simile confusione devono necessariamente dipendere erronee conseguenze. Le condizioni per l'applicazione delle tariffe speciali (condizioni contenute in soli dodici articoli) sono di natura eccezionale, e derogano alle corrispondenti norme stabilite per le tariffe ordinarie; e perciò, trattandosi nella specie di trasporto a tariffe speciali, la responsabilità dell'Amministrazione è governata dai ripetuti art. 5 e 7 delle condizioni per le tariffe speciali, e non hanno che vedere nella controversia le disposizioni degli articoli 139 e 142, riflettenti l'applicazione delle tariffe ordinarie.

Nemmeno giova poi alla Ditta Tesini e Mantegazza invocare la prevalenza che deve avere l'interpretazione più equa e più liberale. Codesti sani principii vanno richiamati là ove sia dubbia ed oscura la parola delle leggi: *in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justius est, quam tutius*, ma quando la legge parli, come nella specie, in maniera chiara ed esplicita, non trattasi allora di interpretazione, ma di pura e semplice *applicazione*. Senz'altro, adunque, nel trasporto a tariffa speciale l'Amministrazione delle ferrovie non è tenuta a risarcire l'avaria proveniente unicamente dal ritardo nella resa, e va quindi respinto anche il terzo motivo di appello.

Osserva che infine la ditta appellante si fa a sostenere come la spedizione subì un ritardo di oltre il doppio del termine di resa e come il primo giudice avrebbe dovuto in conseguenza condannare l'Amministrazione a rimborsare l'intero nolo ferroviario in L. 70.15 e non già una parte in lire 28,57 soltanto. Ma è da por mente che i termini di resa pei trasporti a grande velocità eccedenti, come nella specie, il peso di Kg. 50, vanno calcolati a norma dell'art. 58 lett. B delle Tariffe e Condizioni pei trasporti sulle Strade ferrate. Ora secondo tale disposizione i termini di resa sono stabiliti in 24 ore per ogni percorso indivisibile di 250 km., con decorrenza dallo spirare di 18 ore dalla consegna. E se è così, non essendo controverso che nella specie la merce dovette percorrere una distanza di 618 km., si ha il seguente calcolo:

Per dar corso alla spedizione, ore 18;

Per il percorso di 618 km., che equivalgono a 3 volte 250, dovendosi la frazione di una tale misura calcolare per altri 250 km., ore 72;

Per mettere la merce a disposizione della Ditta destinataria, giusta l'art. 60 delle tariffe e Condizioni, ore 2. In tutto ore 92.

L'Amministrazione delle ferrovie adunque aveva un termine utile, per la resa della spedizione, di ore 92. E come ne impiegò invece 164, giacchè il burro fu consegnato alla stazione di Melegnano alle ore 16 del 21 dicembre e fu poi reso in Roma alle ore 12 del 28 dello stesso dicembre, così il ritardo consistette in sole ore 72, e non sussiste che avesse raggiunto il doppio del termine di resa. Nè vale addurre (e del tutto frustraneo sarebbe il provarlo per testimoni, come pure dall'appellante si chiede) che abitualmente il burro, spedito da Milano lunedì si svincola in Roma il mercoledì, e quello spedito giovedì si svincola il sabato. Se alcune volte od anche sempre, in antecedenza, l'Amministrazione ha potuto compiere il trasporto in più breve termine, non per questo perdeva il diritto di avvalersi di tutto quanto il termine che dalla legge le viene. Molto meno giova asserire che il burro doveva essere

inoltrato coi *treni diretti* od *accelerati*, quando invece dalla nota di spedizione non risulta domanda esplicita perchè la merce fosse spedita con simili treni. Ond'è che anche questo quarto ed ultimo motivo d'appello deve andare respinto.

Per questi motivi ecc.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

12 luglio 1907 n. 1582

Tempestini *Pres* — Timpanelli *Est.*

Lanzi (avv. *A. S. Martorelli*) contro Intendenza di Finanza (avv. erariale *Riccardi*).

In caso di vendita verbale di nudo suolo, recata in atto scritto dopo che sul suolo medesimo l'acquirente abbia eretto un fabbricato, ove, per virtù di documenti, sia esclusa del tutto la ipotesi d'una simulazione in frode dell'Erario dello Stato, la tassa di registro va liquidata proporzionatamente al prezzo del nudo suolo, e non pure a quello del fabbricato che v'insiste (1).

Il Tribunale ecc. — Rileva in fatto che il 19 novembre 1902 la Società delle Ferrovie Secondarie Romane e la signora Irene Lanzi, con l'intervento del marito di lei Francesco Brocco, conclusero verbalmente un contratto, per cui la Società medesima vendeva alla Lanzi un suolo edificatorio, in Anzio, di metri quadrati 1139, alla ragione di lire quattro al metro quadrato, e quindi per il prezzo complessivo di lire 4556. In conto di questa somma la Lanzi pagò nello stesso giorno lire 3000, e la Società annotò tale pagamento nel suo libro giornale con l'indicazione «A conto prezzo compra-vendita terreno», e fece poi specificata enunciazione del contratto nel registro dei processi verbali del Consiglio di amministrazione, il tutto secondo si desume dagli estratti autentici dei registri stessi, alligati agli atti dell'attrice

Sebbene le parti si fossero riserbato di tradurre in atto pubblico la compra-vendita quando sarebbero state pagate le rimanenti lire 1556 la compratrice ottenne subito il possesso del suolo, e imprese immediatamente a costruirvi un grande albergo, costruzione che nel 1905 era pervenuta a suo termine. Con pubblico istromento poi per notar Colizzi in data 12 agosto 1905 la compra-vendita fu tradotta in iscritto, e con quel rogito, dichiarando di aver ricevuto la consegna del suolo sin dal 19 novembre 1902, e di avere sin da quel giorno pagato lire 3000 in conto del prezzo, la compratrice pagava, in presenza del notaio, non solo le rimanenti lire 1556, ma ancora altre lire 200 per interessi sulla somma medesima dall'indicato giorno 19 novembre 1902 sino a quello della stipulazione dell'atto pubblico.

Nel registrare quel contratto il Ricevitore degli atti pubblici di Roma percepiva la tassa di lire 220,80, proporzionata al prezzo di lire 4556. Ma poscia, essendo venuto a conoscenza che all'epoca della stipulazione del contratto di compra-vendita, 12 agosto 1905, sul suolo venduto alla Lanzi già era sorto un considerevole fabbricato ne promosse la stima; ed essendosi con questa accertato un maggior valore di lire 67,728,71, il Ricevitore medesimo liquidò un supplemento di tassa di registro in lire 7154,48 e ne ingiunse alle parti contraenti il pagamento unitamente alla somma di lire 444.80, per spese di stima. La Lanzi pagò queste spese con riserva di rimborso in caso di esito favorevole del pendente ricorso in via amministrativa, come rilevasi dalla prodotta ricevuta del 9 ottobre 1906.

Ma il ricorso medesimo essendo stato respinto, la Lanzi, con atto del 31 gennaio ultimo, citava in giudizio avanti questo tribunale il De-

---

(1) A nostro sommesso avviso i lettori ci saranno grati della pubblicazione di questa sentenza che ha anche uno scopo moralizzatore.

Per quanto sia ancora controverso se la presunzione contemplata dall'art. 448 cod. civile in relazione al successivo art. 450 non possa combattersi se non con atto scritto (vedi in proposito A. Roma 7 marzo 1889, Pagano *pres.*, Cannas *est.*, in *Legge* 1889, 1, 451, e la difforme decisione 12 luglio 1907 della Cass. Roma, riportata da noi più indietro in questo stesso fascicolo a pag. 409), non sembra dubbio che di atto scritto non ci sia bisogno, quando i fatti si siano svolti in modo sincero ed apparisca a luce meridiana che non si è avuto in animo di far frode al fisco.

E' vero che il fisco deve procurare allo Stato i mezzi di vita ed ha l'obbligo di far ciò con esemplare rigidità, ma pur esso non deve manomettere il sentimento dell'equo e del giusto, che s'impone anche allo Stato, ed anzi dallo Stato deve essere infuso nel cittadino pel buon regime della vita sociale.

Intorno agli articoli 448 e 450 cod. civ. veggasi anche BIANCHI, *Dir. civ.*, vol. 9, parte III, p. 33.

manio dello Stato in persona del Ricevitore degli atti pubblici di Roma, signor Carrozzi Enrico, perchè sentisse dichiarare non dovuto l'indicato supplemento di tassa di registro in lire 7154.48, e sentisse inoltre condannarsi alla restituzione delle lire 444.80 dalla istante versate per spese di stima, ed al pagamento delle spese, competenze ed onorari del giudizio...

Osserva in diritto che nel merito della controversia è innanzi tutto da por mente come l'Amministrazione del Demanio non impugna e non revoca menomamente in dubbio la condizione di cose che nella esposizione del fatto si è rilevata ed insiste soltanto nel riflesso che quella del 19 novembre 1902 fu una convenzione verbale, la quale per difetto di scrittura, secondo il disposto dell'articolo 1314 n. 1 Cod. civ., non ha valore giuridico, e che la vera compra-vendita è avvenuta in epoca in cui sul suolo trovavasi già eretto un fabbricato il quale, agli effetti della tassa di registro, deve intendersi trasferito unitamente al terreno su cui si eleva. Si ha dunque nella specie uno stato di fatto pienamente ammesso, ed è assolutamente esclusa l'ipotesi di una simulazione, tendente a defraudare l'amministrazione del Demanio di una parte della tassa di registro a lei dovuta: ipotesi che, se anche il Ricevitore del Registro non avesse implicitamente esclusa col tenore della propria difesa, sarebbe rimasta certamente esclusa per la forza degl'indicati documenti, che la Lanzi produce, e che, senza discutere se valgano giuridicamente a retrotrarre la compra-vendita al 19 novembre 1902, dimostrano indubbiamente che in quel giorno un nudo suolo fu alla Lanzi ceduto dalla Società delle Ferrovie secondarie di Roma e che la Lanzi, a sua volta, pagò in conto del convenuto prezzo la somma di lire 3000 ed entrò in possesso del terreno. Ciò premesso, il Ricevitore del registro, trincerandosi nel puro campo del diritto, a conforto delle ragioni, sulle quali basa la dimanda di supplemento di tassa, invoca l'autorità d'un pronunziato della Suprema Corte di Roma, la quale nel 20 luglio 1892, a sezioni unite, statuiva che, venduta un'area con un edificio soprastante, la tassa debba comprendere anche il valore di questo ancorchè si dimostri essere stato eretto a cura e spese di chi posteriormente se ne rese acquirente, giacchè il solo modo come si può formare del fabbricato un subbietto distinto dal suolo su cui insiste è un contratto di superficie che, essendo di natura eminentemente immobiliare, non può essere provato se non mediante atto pubblico o scrittura privata, ai termini dell'articolo 1314 n. 1 Cod. civ., e non mai per accordo verbale. Ma è da por mente che, giusta il disposto dell'articolo 6 della vigente legge sulle tasse di registro la tassabilità di un atto si determina di regola dal suo titolo e dalla forma apparente, e solo quando il titolo e la forma non corrispondano alla natura ed agli effetti dell'atto stesso, quali risultano dal suo contesto, solo allora è dato procedere alla tassazione con criteri diversi. Quando il Ricevitore del registro trovi perfetta corrispondenza tra il *quod actum* e il *quod scriptum*, corrispondenza che è dato desumere, come dottrina e giurisprudenza hanno sempre affermato, anche da circostanze estrinseche all'atto di cui trattasi, non può e non deve allora il Ricevitore medesimo in nome di una teoria giuridica, presumere cose diverse da quelle che dall'atto emergano, e sotto l'egida di simile teoria farsi poi a pretendere una tassa evidentemente non dovuta. Un simile sistema sarebbe in aperta opposizione con lo spirito della legge, la quale, col citato articolo 6, se da una parte ha sanzionato l'antica massima che *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*, dall'altra parte ha pure statuito che dove di simulazione non possa parlarsi, perchè non se ne eleva nemmeno il sospetto, ciò che è scritto deve essere unica guida alla liquidazione della tassa, perchè, esclusa l'ipotesi della simulazione, ciò che è scritto rappresenta quanto è stato realmente oggetto della contrattazione. E così, nel caso in esame, risultando dal rogito del 12 agosto 1905 la compra-vendita del nudo suolo, ed essendo assolutamente esclusa l'ipotesi di una simulazione in frode dell'amministrazione del Demanio, la tassa di registro deve proporzionarsi, come fin da principio fu proporzionata, al trasferimento del nudo suolo e non pure a quello del fabbricato, che oggi vi è sopra elevato. La tassa di registro, pur avendo degli scopi utili ai privati, come la conservazione del sunto degli atti e l'impressione di una data certa di fronte ai terzi, nella sua ultima finalità si risolve sempre in una percentuale sul valore contrattato o trasferito, e sarà la tassa medesima giustamente ed equamente applicata sol quando sia sicuramente accertato quel valore. E far dipendere la determinazione di quel valore da una teoria giuridica, e non dalla realtà delle cose, vale quanto immolare la sostanza alla forma, per addivenire poi ad una conclusione che rinnega la legge e la equità.

Ma d'altra parte è anche nel codice civile che trova conforto la tassazione proporzionata alla compra-vendita del nudo suolo. E per vero, fermato in fatto che realmente la Lanzi costruì con mezzi propri l'albergo sul suolo acquistato dalla Società delle ferrovie, e ammesso inoltre che l'acquisto giuridicamente valido sia avvenuto soltanto dopo la costruzione dell'albergo, e quindi in epoca in cui il suolo apparteneva ancora alla Società medesima non è chi non veda che ricorre nella specie il caso previsto dalla disposizione dell'articolo 450 del codice citato, disposizione che riflette la teoria dell'accessione relativamente alle cose immobili. Or se la Società delle Ferrovie, quale proprietaria del suolo, avesse voluto far sue le costruzioni erettevi, avrebbe dovuto pagare alla Lanzi l'aumento di valore recato al fondo, giusta il secondo capoverso dell'articolo stesso, aumento di valore che è rappresentato precisamente dal maggior valore accertato dal Ricevitore in lire 67,728.71 E quando invece la Società, piuttosto che avvalersi del suo diritto, ha preferito cedere il suolo a colei che vi aveva sopra elevato l'albergo, è evidente che quel maggior valore di lire 67,728.71 non costituì oggetto del contratto di compra-vendita, e conseguentemente non può essere soggetto a tassa. Proporzionare la tassa di registro anche a quelle lire 67,728.71 vale quanto supporre cosa non avvenuta, e cioè che la Società delle Ferrovie abbia pagato alla Lanzi il maggior valore arrecato al fondo, ed abbia poi venduto alla medesima tutto quanto il corpo immobiliare, costituito dal suolo e dal fabbricato che sopra v'insiste. Ma tutto questo sarebbe semplicemente supposizione, e non è alla stregua di semplici supposizioni che possa stabilirsi la giusta misura d'una tassa di registro. Senza più dunque vuolsi dichiarare non dovuto il supplemento di tassa che il Ricevitore del registro degli atti pubblici di Roma chiedeva alla Lanzi in lire 7154.48.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

3 luglio 1907 n. 1722

Frigeri *Pres.* — Milano *Est.*

Restivo-Lombardo (avv. *G. Pantano*) contro Parisi (avv. *Lo Cuccia*).

L'eccezione di litispendenza va proposta in limine litis e non può essere pronunziata di ufficio dal giudice (1).

In caso di morte del deponente uno degli eredi di questo può pretender la parte che gli spetta della cosa depositata, rivolgendosi con azione personale verso il depositario indipendentemente dal giudizio di divisione (2).

Però il depositario ha diritto che il relativo giudizio si svolga in contraddittorio anche degli altri eredi, onde si proceda alla propria regolare liberazione (3).

Il Tribunale ecc. — Osserva in fatto che con atto di citazione del 3 e 23 aprile 1907 la signora Angelina Lombardo, nata Restivo, autorizzata dal marito, prof. Ettore Lombardo-Pellegrino, ammessa al gratuito patrocinio con decreto della Commissioine presso la Corte d'appello di Roma del 28 marzo 1907, veniva dichiarando qual'erede legittima della madre Bianca Parisi ed in rappresentanza dell'eredità di Enrico Parisi, che quest'ultimo, padre del signor Saverio Parisi, decedendo anni sono lasciava a titolo di deposito appo il figlio la somma di L. 81,015 (secondo la denuncia di successione) oltre gl'interessi.

---

(1) Crediamo che qui sia sfuggito al giudice l'articolo 188 cod. proc. civile. E' opinione, infatti, non seriamente contestabile che l'eccezione di litispendenza può proporsi in qualunque stato e grado della seconda causa, e quindi anche in appello (T. CAPOQUADRI, in *Digesto italiano*, voce *Declinatoria del foro*, n. 39, e nota).

(2-3) Per quanto il modo prescelto dal tribunale nella sentenza che pubblichiamo, cioè la restituzione del deposito di denaro in confronto di tutti gli eredi del deponente, sia indubbiamente il più sicuro, tuttavia il legislatore nostro ha disposto altrimenti. T. CARAFFA (in *Digesto italiano*, voce *Deposito*, n. 96), dopo essersi domandato in che guisa dovrà regolarsi il depositario nel caso che il deponente abbia lasciato più eredi, scrive: « Provvedono i due capiversi dell'art. 1855. Se la cosa depositata sia tale da potersi dividere in parti reali, come avviene allorchè si tratti di danaro, derrate ecc., la restituzione deve farsi a ciascun erede per la quota che gli spetta; *e però ciascun erede può agire separatamente contro il depositario per la restituzione della sua porzione*. Se al contrario la cosa non sia suscettibile di divisione materiale, come un cavallo, un bue ecc., gli eredi dovranno accordarsi fra loro sul modo di ricevrla ». Conforme è il RICCI *Trattato teorico-pratico di dir. civile*, vol. IX, n. 239.

Per la morte della Parisi a cui tale somma avrebbe dovuto essere consegnata va ora ripartita per effetto della rappresentazione fra i suoi cinque figli, tra cui essa Lombardo, ma il depositario comm. Saverio Parisi trovava modo di rimandarne sempre lo adempimento, laddove la istante sia per diritto di rappresentazione provata, che per la successione intestata della madre suddetta deceduta nel febbraio 1903, quale una dei cinque eredi, ha diritto alla quinta parte del deposito stesso. Conveniva quindi essa signora Restivo-Lombardo dinanzi questo Tribunale il signor Saverio comm. Parisi per essere condannato a pagarle la quinta parte del deposito suddetto, il cui totale è di L. 81,015, oltre gl'interessi commerciali del deposito, nonchè ai danni causatile dallo ingiusto rifiuto alla restituzione medesima, fra cui le spese e condanne riportate per la mancata denunzia e pagamento della tassa di successione, ed infine alle spese giudiziali, con la clausola di provvisoria esecuzione...

Osserva in diritto che risultando denunziata la successione della Bianca Parisi ed in ispecie il cespite di lire 81,015 presso il Saverio Parisi depositato, e pagata l'analoga tassa come dal certificato del Ricevitore delle successioni di Palermo del 28 febbraio 1907, l'azione di che trattasi si rivela esperibile a' sensi degli articoli 71 e 101 del testo unico delle leggi di registro. Nè altro ostacolo rituale essa incontra in questa sede per essersi iniziata altra lite appo il Tribunale di Palermo dalle germane Angelina e Natalia Restivo, rispettivamente in Lombardo Pellegrino e Di Natale con atto 28 febbraio 1904, sia contro quel Ricevitore delle successioni che contro il Saverio Parisi, il primo per sopperire di ufficio alla mancata denunzia del credito rivalendosi in questo della tassa, e l'altro per la restituzione delle quote ad esse spettanti sul deposito presso di lui esistente delle lire 81,015.

Il Tribunale infatti con sua sentenza del 27 maggio (confermata pienamente dalla Corte col rigetto del gravame il 17 aprile 1905) dichiarava inammissibile la domanda nei versi del Ricevitore per essere dovuta la tassa di trasferimento in solido e direttamente dagli eredi esercenti un'azione creditoria dell'eredità, e non trovò luogo a provvedere allo stato nei versi del Parsi, appunto per tale mancato adempimento fiscale. Notificata la sentenza di appello dal Ricevitore all'Angelina Restivo con atto 10 luglio 1905 (ma non peranco alle altre parti Restivo, Di Natale e Parisi), non risultava investita da ricorso appo la Cassazione di Roma competente per materia, come dal certificato del Cancelliere del 3 luglio 1907.

Manca, è vero, la formale rinunzia agli atti del giudizio operativa degli effetti stessi della perenzione non ancora verificatasi a' sensi dello art. 345 Cod. proc. civ.; ma per non essere la controversia stata tampoco delibata in quella sede, per non venire dedotta dal convenuto la eccezione di litispendenza, come avrebbe potuto fare in *limine litis*, nè potervisi supplire *de officio* (art. 187 cap. Cod. proced. civ.) e per versarsi poi sostanzialmente in tema di azione personale per cui *actor sequitur forum rei*, nè ricorrendo alcuna delle ipotesi specifiche onde allo art. 74 proc. civ., può dirsi bene adito *ratione loci* questo Collegio.

Osserva in merito che l'attrice a base dell'atto di notorietà raccolto dal Pretore del IV Mandamento di Roma il 2 luglio 1907 (rilasciato in carta libera e prenotato al n. 3455 del campione civile) viene comprovando che il 28 febbraio 1903 decedeva in Palermo senza testamento la signora Bianca Parisi maritata Restivo, lasciando quali legittimi e soli eredi i figli Empedocle, Natalia in Di Natale, Angelina in Lombardo, Adele ed Enrico, tutti maggiorenni, nonchè il coniuge superstite, Antonio Restivo, col quale gli stessi venivano procreati. Avendo il defunto Enrico Parisi, padre del convenuto Saverio, presso costui lasciato un deposito di lire 81,015 e questo essendo di esclusiva spettanza della *de cujus*, con l'apertura della sua successione intestata nel febbraio 1903 la somma stessa era ed è apprensibile per la quinta parte dalla erede Angelina Restivo-Lombardo; epperò essa sostiene dovergliesene senz'altro il pagamento dal depositario a torto riluttante. A sostegno del suo assunto rileva l'attrice che la sua non sia un'azione *familiae herciscundae* da svolgersi in concorso dei coeredi, ma *in personam* contro il terzo depositario e debitore dell'eredità, e per essa dei singoli eredi per la loro quota che nella specie per lei consta del quinto dell'asse a' sensi dell'art. 736 Cod. civile. Invoca all'uopo il disposto degli art. 1855 e 1860 codice civ., pel secondo dei quali la restituzione del deposito può essere ostacolata solo da un atto di sequestro o di opposizione, mancanti nella specie, e cita in materia larga copia di dottrina.

Osserva in argomento come non sia a disconoscere essere l'obbligazione del depositario di per se stante nei versi degli eredi del depo-

nente, e quindi l'azione di costoro indipendente e distinta da quella che nasce e si svolge fra gli aventi diritto ad una stessa successione.

L'art. 1855 Cod. civ. fissa il principio che, data la morte del deponente, la *res* in deposito, a differenza di quanto avrebbe potuto seguire in sua vita, com'è previsto dal precedente articolo 1853, non possa restituirsi che all'erede e se sono più ad ognuno di essi per la sua porzione, se divisibile.

La legge non dice e non doveva dire di più sul modo di determinare la porzione in concreto di ciascun erede. Cotesto non può essere che un presupposto dell'azione esperibile *contra tertium*, a norma delle regole sancite in tema successorio. Per porzione qui non s'intende già la quota di fatto spettante all'erede stessa, ma quella civile ch'esso rappresenti nella successione di cui il deposito è parte.

Ma se nei rapporti del depositario la restituzione deve importare liberazione da ogni obbligazione inerente al deposito (art. 1843 a 1852 C. c.) e se a tale atto egli è solo impedito di accedere dal sequestro o dall'opposizione che gli siano intimati a forma di legge, siffatti ostacoli però s'intendono mossi da terzi (creditori o rivendicanti) in contraddittorio dello stesso deponente a cui il deposito va di regola reso e non presuppongono punto il caso della successione in cui l'erede o gli eredi non sono che rappresentanti del deponente stesso. Perchè dunque la restituzione importi valida e giuridica liberazione del depositario nei rispetti di tutti gli eredi impersonanti la figura del*de cujus* è mestieri che in contraddittorio di essi il pagamento anche per rate sia disposto in guisa che non possa non pure la pronunzia isolata del magistrato venir opposta di terzo, ma, quel che più importa, non vengano i diritti dei non chiamati in giudizio defraudati dal più diligente di essi che potreb-b'essere o divenire insolvente per rispondere dell'indebito esatto, laddove il depositario sarebbe a sua volta esposto al pericolo per lo meno di varie fasi giudiziarie, se non di un disborso irrisarcibile.

A tutto ciò evitare, è legale oltre che prudente, come l'ordinaria pratica nei giudizi ne ammonisce, che la causa venga integrata anzitutto con la chiamata degli altri aventi diritto all'eredità, quali i signori Empedocle, Natalia in Di Natale, Adele ed Enrico Restivo, nonchè del loro genitore Antonio Restivo a cura della citante, in esito di che potranno valutarsi le ragioni dalla stessa addotte sulla ingiusta riluttanza del depositario Parisi e determinarsi quant'altro di conseguenza anche per le spese.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

22 luglio 1907, n. 1679

Faggella *Pres.* — Brigante *Est.*

Texeira De Mattos (avv. *Ant. Gabrielli*) contro Comune di Roma (avv. *C. Rebecchini* e *Pacelli Fr.*) e Mauri (avv. *E. Germani*).

Agli effetti della imposta sui fabbricati a stregua della legge 26 gennaio 1865 n. 2120 deve considerarsi costruzione quella che è fissa al suolo, qualunque sia la durata di tale sua destinazione, purchè però non si tratti di costruzioni aventi carattere assolutamente eccezionale e momentaneo, come le baracche per fiere o feste (1).

Per la tassa sulle aree fabbricabili introdotta con la legge 8 luglio 1904 n. 320, va ritenuta area fabbricabile anche quella occupata da costruzioni, le quali, però, non abbiano destinazione permanente, duratura e definitiva, tuttochè esse già siano state assoggettate alla tassa-fabbricati, perchè niente vieta la coesistenza delle due contribuzioni (2).

Il Tribunale ecc. — Ritenuto in fatto che con citazione del 23 febbraio 1907 i signori Vittore

---

(1) Cons. in proposito: A. ALOISINI, *L'imposta fabbricati*, Subiaco., tip. Angelucci, 1904; Comm. centrale 2 dicembre 1904, *Riv. trib. mil.* 1905, 694 — e 21 maggio 1905, *Riv. amm.* 1905 381; Trib. civ. Savona 3 agosto 1906, *Giur. tor.* 1906, 1124; ecc.

(2) E' questa la prima sentenza, in cui viene esaminata ed applicata la gravosa legge che ha imposto la tassa sulle aree fabbricabili e che tante discussioni ha sollevato.

Dalla *memoria* che l'egregio avv. Francesco PACELLI, difensore del Comune di Roma, ha dettato nella presente causa, stralciamo il seguente brano, che giova a dimostrare in qual modo il Comune intenda la legge in discorso e soprattutto il regolamento deliberato dal Consiglio Comunale di Roma ed approvato col R. Decreto 28 dicembre 1905:

« Tenendo presenti le disposizioni della legge e del regolamento, e ricordando che la tassa sulle aree è stata introdotta allo scopo di promuovere

e Carolina Texeira De Mattos dichiararono quanto appresso, alla Intendenza di Finanza di Roma, al Comune di Roma ed al sig. Mauri Achille:

«Che gl'istanti sono proprietari d'un'area posta in Roma ai Prati di Castello in angolo fra la Piazza Cavour e la via Lucrezio Caro a confine col Politeama Adriano, e che quest'area hanno concesso in affitto al cav. Achille Mauscrittura privata 4 aprile 1906 reconita Delfini, 21 ottobre 1901, prorogato al 10 marzo 1900 con scrittura privata 4 aprile 1906 recognita Delfini registrata a Roma il 7 aprile detto al numero 39633, registro 789, con lire 24.40 atti privati;

«Che detto affitto fu stipulato fra l'altro col patto che il conduttore cav. Mauri potesse costruirvi uno stabilimento per pubblici spettacoli ed erigervi altre costruzioni con l'obbligo di consegnare l'area al termine dell'affitto — nuda e nello stato primitivo;

«Fu inoltre stipulato che la corrisposta di affitto convenuta fosse libera pei locatari da ogni imposta presente e futura comprensivamente a quella fondiaria, di commercio o di aree fabbricabili, in maniera che in ogni caso i locatari stessi dovessero essere di ogni tassa rimborsati;

«Che la Finanza dello Stato ritenne le costruzioni erette su quell'area essere soggette alla tassa fabbricati, quale tassa è inscritta a nome tanto del conduttore, quanto dei proprietari dell'area sotto l'articolo di ruolo numero 95 per un ammontare annuo di L. 917.35 sul reddito imponibile di L. 3000;

«Che in base alla legge 8 luglio 1904, n. 320, portante provvedimenti per la città di Roma, al regolamento relativo 19 febbraio 1905 numero 93 ed al regolamento per l'applicazione della tassa sulle aree fabbricabili approvato con regio decreto 28 dicembre 1905, il Comune di Roma credette potere imporre sulla sopra descritta area una tassa di L. 1911.50 annue;

«Che contro questa imposizione gli istanti produssero reclamo al Consiglio comunale, quale ricorso per altro fu respinto con deliberazione della Giunta Municipale in forma Consigliare delli 17 novembre 1906;

«Che trasmessi i ruoli alla Esattoria questa procedeva a pignoramento a carico degli istanti pel pagamento di detta tassa; quale tassa gli istanti dovettero pagare per sottrarsi all'onta di una vendita giudiziale mobiliare;

«Che in tale stato di cose essi hanno ragione di ritenere illegittima o l'imposizione della tassa fabbricati da parte dello Stato o quella sulle aree fabbricabili da parte del Comune, non potendo lo stesso cespite essere considerato ad un tempo come fabbricato stabile e come nuda area, con l'assurda conseguenza di essere assoggettato all'una ed all'altra tassa, laddove deve essere colpito o dall'una o dall'altra;

«Che dati i patti stipulati con l'affittuario cavalier Mauri è indifferente per essi che sia ritenuta applicabile o la legge per l'imposta sui fabbricati o il regolamento per l'applicazione della tassa sulle aree fabbricabili, dovendone essere o dell'una o dell'altra, ed eventualmente di entrambe, rimborsati dall'affittuario stesso, ma hanno per altro interesse a che l'auto-

---

la fabbricazione di case, deprimendo i prezzi delle aree saliti ad altissimo livello per effetto di ingorda speculazione, appare manifesto il pensiero del legislatore, espresso del resto in termini abbastanza chiari nella legge e nel regolamento, di voler considerare quali aree fabbricabili, all'effetto dell'imponibilità della tassa, anche quei terreni i quali, pur essendo adibiti a qualche uso, agricolo od industriale, abbiano però, rispetto a tale uso, una *destinazione non stabile*, ma *precaria* e *transitoria*.

« E, per la retta applicazione della volontà del legislatore, conviene pur ritenere, sebbene non sia detto (e non ve ne era davvero bisogno) nella legge e nel regolamento, che il concetto di stabile o precaria e transitoria destinazione del terreno ad uso agricolo od industriale è un *concetto* tutto *relativo*

« Un determinato uso, che può dirsi stabile in una determinata zona compresa in un piano regolatore di una città, può invece e deve dirsi precario e transitorio in un'altra zona.

« E più. Quell'uso che poteva dirsi stabile in una data epoca, in un determinato stato di sviluppo edilizio di una città, può invece dirsi precario, transitorio in un'epoca successiva, più o meno lontana dalla prima, in un successivo stadio di maggior popolazione e maggiore incremento edilizio della città medesima.

« Per essere più chiari, facciamo degli esempi.

« Allo stato attuale della città di Roma, un orto, un'osteria, una trattoria, un giuoco di boccie, possono rappresentare una destinazione stabile dei terreni in cui sorgono, se situati in luoghi assolutamente fuori dell'abitato; rappresentano invece una destinazione precaria e transitoria, se situati in aree site entro zone fabbricate o assai vicine ad esse.

« Altro esempio. La pista velocipidistica e lo sferisterio romano che, pochi anni fa, sorgevano

rità giudiziaria pronunci quale delle due tasse sia dovuta e tale pronuncia emetta in confronto sia alla Finanza dello Stato, sia al Comune di Roma, sia all'affittuario tenuto al rimborso, per ogni possibile dibattito delle rispettive ragioni».

Per questi motivi gli attori convennero i citati innanzi a questo Collegio per sentir dichiarare non dovuta la tassa sulle aree fabbricabili o quanto meno l'imposta fabbricati e in caso diverso per sentir condannare il Mauri al pagamento della detta tassa negli anni successivi ed al rimborso di quella pagata per il primo anno coi relativi accessori dai signori Texeira e per sentir condannare chi di ragione ai danni tutti materiali e morali, da liquidarsi in separata sede ed alle spese del giudizio

Considerato *in diritto* che tanto i signori Texeira, quanto il signor Mauri non insistono troppo sulla pretesa di sottrarsi al carico dell'imposta fabbricati, ma rivolgono i loro sforzi quasi esclusivamente contro la tassa sulle aree fabbricabili.

Nè potrebbero seriamente contestare l'applicabilità della detta imposta alla costruzione fatta dal Mauri nell'area locatagli, poichè la costruzione medesima è evidentemente compresa fra quelle che sono assoggettate al tributo dall'articolo 1 della legge 26 gennaio 1865, numero 2120. Dispone invece quell'articolo: « I fabbricati ed ogni altra stabile costruzione « saranno soggetti, in proporzione del loro « reddito netto, ad una imposta ecc. »

« Saranno considerati come *costruzioni stabili* anche i molini, i bagni natanti, i ponti « volanti, le chiatte, le scafe, ed ogni altra co- « struzione di simile natura stabilmente assi- « curata alle rive ».

E' chiaro che qui il concetto di *stabilità* non deve confondersi con quello di *permanenza* o di perpetuità; è stabile agli effetti dell'imposta ciò che è fisso al suolo, qualunque sia la durata di tale sua destinazione, purchè però non si tratti di costruzioni aventi carattere assolutamente eccezionale e momentaneo (come le baracche per fiere o feste), nel qual caso non è l'estremo della stabilità che manca, ma l'altro requisito della *capacità di produrre un reddito*, per una durata apprezzabile ai fini del tributo. Così sono ritenuti stabili le baracche, i magazzini, le tettoie costruite da una impresa di lavori pubblici per la conservazione del materiale o per l'abitazione degli operai, le tettoie per laboratori di pietra, le costruzioni erette per palafitte alla spiaggia del mare per la pesca, i chioschi e barconi anche su terreno demaniale, i casotti per le guardie del dazio consumo, e le edicole dei venditori di giornali, sebbene abbiano carattere provvisorio o temporaneo e possa la pubblica autorità ordinarne in ogni tempo la demolizione. Insomma il criterio di stabilità dell'indicata legge prescinde dalla durata della destinazione e

all'estremità della via Quintino Sella, agli angoli delle vie Ludovisi e Boncompagni, potevano rappresentare una stabile destinazione di quelle aree fino ad otto o dieci anni fa, allorquando, in seguito alla crisi edilizia, i prezzi delle aree erano scesi dalle 150 o 200 lire alle 4 o 5 lire al metro quadrato e nessun nuovo fabbricato si vedeva sorgere in Roma; ma non rappresentavano più una stabile destinazione, allorquando, cessata la crisi, e ripreso lo sviluppo edilizio, si son veduti sorgere nel quartiere Ludovisi alberghi di primo ordine, sontuosi palazzi, ed eleganti e ricchi villini, ed i prezzi delle aree sono di nuovo saliti ad altezze vertiginose. Quegli usi, la pista velocipedistica e lo sferisterio, dopo quell'epoca, tenendo conto dell'utile scarso che potevano dare in relazione all'aumentato valore commerciale dell'area, non rappresentavano più che una destinazione precaria e transitoria. E difatti non hanno tardato a cedere il posto ad eleganti edifici.

« Ed ancora. Le trattorie e le osterie, con gli ampi giardini ed orti, che fiancheggiavano numerose la via Nomentana, potevano rappresentare una stabile destinazione di quelle aree fino ad una diecina di anni fa, fino a quando cioè fuori della Porta Pia non si vedevano che gli alveari umani, tipo Moroni, o ville, vigne ed orti, o fabbricati abbandonati a metà della loro costruzione. Ma quelle trattorie ed osterie, con ampi giardini ed orti, rappresenterebbero una precarissima ed affatto transitoria destinazione di quelle aree, oggi che la via Nomentana è tutta fiancheggiata, fin presso la Chiesa di S. Agnese, da eleganti villini.

« E potremmo citare molti altri esempi. Ma lo crediamo inutile, essendo intuitivo e non abbisognevole di ulteriore illustrazione, il criterio fissato dal legislatore per l'applicazione della tassa sulle aree fabbricabili, nel senso cioè di ritenere applicabile la tassa anche quando sul terreno sorga una costruzione, la quale però non rappresenti una destinazione stabile, ma precaria e transitoria. Criterio, come abbiamo detto, tutto relativo, e quindi da applicarsi caso per caso, tenuto conto delle speciali circostanze di tempo e di luogo ».

coincide in certo modo col concetto dell'immobilità del Codice civile (articoli 408 e 409), sebbene sia alquanto più largo, poichè ad esempio le costruzioni galleggianti non sono reputate immobili, se non si trova sulla riva una fabbrica espressamente destinata al loro servizio (art. 409 Cod. civ), mentre non occorre questa condizione perchè siano ritenute stabili agli effetti dell'imposta.

Nel caso in esame trattasi di un fabbricato costruito da parecchi anni che potrà rimanere ancora in piedi per altri anni e che è destinato a scopi industriali; non si può dunque dubitare che esso sia uno stabile secondo il significato attribuito a questa parola dalla predetta legge e che sia produttivo di redditi; quindi non può dubitarsi che sia soggetto all'imposta sui fabbricati.

Che la tassa sulle aree fabbricabili fu introdotta dalla legge 8 luglio 1904 numero 320 la quale all'art. 9 così dispone:

« Il Governo del Re potrà autorizzare i Comuni nei quali si reputi necessario di *promuovere la fabbricazione di nuove case* ad imporre, a partire dal primo gennaio 1906, una tassa sulle aree fabbricabili, comprese quelle sulle quali sia stata iniziata e non continuata una costruzione ».

« La detta tassa non potrà eccedere la misura dell'uno per cento sul valore delle aree medesime ».

« Saranno considerate aree fabbricabili gli appezzamenti di terreno compresi in una rete stradale in istato di viabilità e di circolazione o alla medesima attigui, i quali non siano in modo *stabile* adibiti ad uso agricolo od industriale o che non siano accessori di edifici esistenti, come ville e giardini ».

« Un regolamento proposto dal Consiglio comunale ed approvato per decreto reale, da promuoversi, udito il Consiglio di Stato, dal Ministero delle Finanze, determinerà i criteri di tassazione delle aree fabbricabili ».

Un simil regolamento pel Comune di Roma fu approvato con Regio Decreto del 28 dicembre 1905 ed all'articolo 6, nel determinare quali siano da considerarsi come aree fabbricabili, stabilì che queste non perdono il loro carattere quando vi sono erette tettoie, baracche, capanne, casotti e simili costruzioni di *uso transitorio*.

Dunque la stabilità dell'uso o della destinazione di un'area a scopi agricoli ed industriali la sottrae alla tassa sulle aree fabbricabili. Però qui il criterio di stabilità non è più quello innanzi notato nella legge 20 gennaio 1865; qui stabilità equivale a destinazione *permanente, duratura, definitiva*, come con esattezza stabilisce il detto regolamento. L'uso transitorio esclude l'uso stabile di cui parla la legge, poichè il fine di questa consiste nel promuovere la fabbricazione di nuove case, e non si adempie questo voto col temporaneo sfruttamento di un'area, il quale intanto non impedisce la speculazione edilizia su di essa considerata ancora come fabbricabile. E che tale sia il significato della legge si desume anche dal considerare che non vi si parla di stabilità di costruzioni, ma di stabilità di uso, sicchè non al concetto dell'aderenza al suolo o della difficoltà della rimozione, ma unicamente al concetto della durata e del tempo può riferirsi il pensiero del legislatore. E tale durata per costituire la voluta stabilità non deve soffrir limiti che le varie circostanze di fatto dimostrino preordinati al fine di mantenere l'appezzamento di terreno in condizione di area fabbricabile, cioè di area che aspetti ancora la sua destinazione definitiva. Per vedere dunque se nella specie la costruzione del Mauri abbia i caratteri di stabilità testè indicati bisogna esaminare brevemente i fatti quali risultano dai documenti esibiti nel giudizio.

Con contratto del 21 ottobre 1901 i signori Texeira, per anni tre e per la corrisposta annua di L. 1500, concedettero in fitto al Mauri l'area fabbricabile posta in Roma ai Prati di Castello, di metri quadrati 2176, di cui si parla nella presente causa, pel solo uso di Pelota od altri giuochi o spettacoli pubblici, esposizioni, fiere, ammessi dalle pubbliche autorità, nonchè concorsi per esami ed adunanze per conferenze scientifiche. A questo scopo fu permesso al Mauri di farvi costruzioni coperte o scoperte in muratura, legno, ferro e cemento armato, senza riempiture di terra pel rialzamento del terreno sull'area affittata, sotto la sua personale responsabilità, restando i locatori estranei a qualunque lavoro, col patto però che al termine della locazione l'area dovesse essere riconsegnata nuda, demolendone tutte le costruzioni ed asportandone completamente il materiale.

I locatori poi si riserbarono la facoltà di sciogliere il contratto dopo due anni e di farsi riconsegnare il terreno libero e sgombro dopo

due mesi dalla licenza, tanto se essi volessero edificare sull'area, quanto se si verificasse il caso di vendita della medesima; ed il Mauri si obbligò di mantenere affissa presso l'area una tabella portante la scritta: « area fabbri-« cabile da vendere — per le trattative rivol-« gersi al proprietario in via, ecc ».

Dopo questo contratto il locatario costruì sull'area un fabbricato da servire ad uso di pubblici spettacoli, spendendovi, a quanto egli afferma, oltre settantamila lire ed ottenne poi l'approvazione dell'autorità amministrativa riguardo alla sicurezza ed alla stabilità dell'edificio relativamente alla sua destinazione. A provare queste circostanze il Mauri chiede ora che sia ammessa la prova a mezzo di testimoni: però questa si reputa superflua, giacchè le circostanze medesime non essendo negate dal Comune possono ritenersi come ammesse.

Con scrittura del 5 novembre 1904 l'affitto fu prorogato a tutto il 31 ottobre 1907 elevandosi la corrisposta annua a lire 2400 e rimanendo ferme tutte le altre condizioni del contratto. Con altra scrittura 4 aprile 1906 la locazione venne di nuovo prorogata fino al 19 marzo 1909 e la corrisposta venne elevata a lire quattromila annue con espressa dichiarazione che essa dovesse essere libera da ogni tassa imposta e da imporsi comprensivamente a quella fondiaria, di commercio e sulle aree non fabbricate e da ogni contributo, che saranno a carico totale del locatario, in guisa che nulla per nessun titolo fosse mai dovuto dai locatori ed in ogni caso dovessero essere sempre i medesimi del tutto e di tutto rimborsati.

Oltre a ciò, avendo il Mauri intenzione di introdurre alcune novità e di speculare sull'area a suo rischio, gli fu riconosciuta la facoltà di farvi tutte quelle riduzioni e trasformazioni ed ingrandimenti per nuove costruzioni, che credesse nel suo interesse, ed i locatori si obbligarono a non venderla fino al termine della locazione, riservandosi però il diritto di chiedere al detto termine che il Mauri consegnasse l'area nuda, riponendola nello stato primitivo cinta come era e senza alcuna riempitura di terra; si stabilì infine che il locatario potesse conservare o togliere o modificare nell'indirizzo la targa di vendibilità dell'area. A questa però anche in tale ultimo contratto venne conservata la qualifica di fabbricabile, e si dichiarò *precario* lo stabilimento per pubblici spettacoli eretto dal Mauri.

Devesi pur notare che (come concordemente le parti riconoscono) la targa di vendibilità del l'area fu ed è ancora mantenuta così modificata: «Terreno da vendere, metri quadrati « 2176, con o senza fabbricato. — Rivolgersi « Achille Mauri, via Nazionale numero 18 ».

Ciò posto, è chiaro che non può ritenersi *stabile* l'uso cu è adibita l'area in controversia; il fabbricato che vi sorge costruito dal Mauri è temporaneo, come è temporanea la permanenza di costui nel terreno, e può fra qualche anno essere demolito: l'area non ha anche perduta la sua primitiva destinazione, cioè da *fabbricabile* non è divenuta *fabbricata*, poichè risulta dall'insieme dei fatti suesposti che l'attuale costruzione è soltanto precaria e dovrà cedere il posto ad altre costruzioni e di ben diversa entità quando ciò sarà ritenuto vantaggioso.

La speculazione edilizia nell'area fabbricabile non è insomma ancora finita, poichè si aspetta di venderla in occasione propizia ed alla vendita essa è destinata; l'uso che attualmente se ne fa è soltanto transitorio. Le dichiarazioni stesse delle parti intervenute nei suddetti contratti, la sproporzione fra il valore dell'area e l'utile che ne ritraggono ora i proprietari, nonchè fra tale valore e quello dell'attuale fabbricato, la molteplicità degli usi permessi al Mauri e la brevità dei fitti dimostrano che lo stato presente è soltanto precario e che il terreno non ha avuto ancora in modo stabile la sua destinazione economica e non può per conseguenza esso venir sottratto all'applicazione della tassa comunale innanzi indicata.

Che resta a parlare della pretesa impossibilità di coesistenza dell'imposta sui fabbricati colla tassa sulle aree fabbricabili.

A prima vista può sembrare che l'una contribuzione escluda l'altra, poichè pare quasi che vi sia contraddizione fra il pensare che un'area sia ancora fabbricabile ed il ritenere che essa contenga un fabbricato capace di essere assoggettato alla relativa imposta. E certo, ove per area fabbricabile s'intende «area nuda e scoperta», l'osservazione sarebbe esatta, ma non è questo il significato della legge 8 luglic 1904, e basta approfondire per poco lo studio dell'articolo 1 della legge 26 gennaio 1865 per convincersi che le due contribuzioni possono coesistere e gravare sullo stesso fondo.

Area fabbricabile in termini del predetto articolo 9 non significa area nuda o scoperta o priva di qualsiasi costruzione, e ciò è tanto

vero che la legge sottopone espressamente alla tassa anche le aree su cui esistono dei fabbricati incompleti o che non siano adibite *in modo non stabile* ad uso agricolo ed industriale, uso che quasi sempre produce la necessità di eseguire delle costruzioni ed anche dei fabbricati nei terreni che ad esso servono.

Perciò nulla di nuovo aggiunge alla legge, anzi rettamente la interpreta, il regolamento speciale del Comune di Roma, il quale considera come area fabbricabile anche quella che sia coperta da tettoie, baracche, capanne, casotti e da qualsiasi altra costruzione di uso transitorio.

Vuolsi adunque un fabbricato stabile per escludere la fabbricabilità, non basta una semplice costruzione che la natura stessa delle cose dimostri destinata ad essere demolita, per dar luogo all'assetto definitivo, al definitivo sfruttamento del terreno nel modo che le condizioni economiche consigliano, quantunque la detta costruzione sia soggetta ad altra specie di tributo. Se così non fosse, sarebbe facile eludere la legge, poichè basterebbe innalzare con poca spesa quattro piccoli muri su di area fabbricabile, coprirli con una tettoia e destinare un simile locale a qualsiasi uso, per sottrarsi al pagamento della tassa.

La possibilità della coesistenza delle due contribuzioni si desume poi non solo dalla diversità dei significati da attribuirsi alla parola «*stabile*» nelle due leggi che le contemplano, ma anche dalla diversità dell'ente tassabile e dei fini che il legislatore mira con esse a raggiungere.

L'imposta sui fabbricati colpisce anche, come s'è visto, le costruzioni transitorie; queste però non escludono la fabbricabilità dell'area, la quale perciò deve anche assoggettarsi alla relativa tassa.

Tutto ciò risulta dalla chiara dizione delle due leggi e non è necessario insistere su quanto innanzi si è spiegato relativamente alla differenza dei concetti di stabilità dell'una e dell'altra legge.

La fonte dell'imposta sui fabbricati è il *reddito* accertato e presunto dei medesimi, mentre la tassa sulle aree fabbricabili colpisce il valore di esse ed è a questo valore proporzionata. Quindi come è certo che tale tassa non esclude nè l'imposta fondiaria dovuta sull'area, nè qualsiasi altro tributo imposto sul reddito derivante dall'uso agricolo ed industriale (non stabile) cui essa sia adibita, così è da concludersi che la tassa stessa sia pure compatibile coll'imposta fabbricati gravante sulle costruzioni che possono esservi erette (in via transitoria), imposta che come è risaputo può scindersi in due parti, di cui una riguarda la rendita fondiaria dell'area, ed un'altra è a questa del tutto estranea, poichè riguarda il frutto del capitale investito nelle dette costruzioni. Infine mentre l'imposta fabbricati, come ogni altra contribuzione d'indole generale, ha lo scopo di far concorrere tutti i cittadini abbienti alla soddisfazione dei bisogni collettivi ed alle pubbliche spese e si fonda sul relativo dovere civico, la tassa sulle aree fabbricabili non mira direttamente a costituire una parte di entrata del Comune, ma ha, come suo scopo principale, quello di promuovere la fabbricazione di nuove case e si giustifica colla considerazione che il valore dell'area è prodotto in massima parte dal solo sviluppo edilizio dei centri popolari, all'infuori di qualsiasi opera dei proprietari.

La finalità di tale tassa è dunque economica, più che finanziaria.

Trattasi di una contribuzione *sui generis* che ha fini sostanzialmente diversi da tutte le altre e soprattutto rappresenta una nuova forma di intervento del potere pubblico nella lotta economica per la costante limitazione del diritto di proprietà, della libertà contrattuale, del *jus voluntarium* a vantaggio della collettività. Ed è questo scopo specifico che caratterizza la tassa, e la rende compatibile con qualsiasi altro tributo, avendo una diversa ragione d'essere.

Che in conseguenza la domanda dei signori Texeira deve rigettarsi tanto in confronto dell'amministrazione finanziaria, quanto nei riguardi del Comune di Roma colla inevitabile conseguenza della condanna degli attori come soccombenti alle spese giudiziali (art. 370 Cod. proc. civile).

Avv. A. SANTE MARTORELLI, Direttore responsabile.

Tipografia "Industria e Lavoro,, Via delle Coppelle num. 35 - Roma.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

15 marzo 1907 n. 228

Caselli *Pres.* — Setti *Est.*

Comune di Collazzone (avv. *G. Manna*) contro Angeli (avv. *A. Benevento*).

Il deposito di qualunque specie, volontario o necessario, regolare o irregolare, è commerciale, se è fatto o ricevuto per causa commerciale (1).

Perciò l'azione per ripetere un deposito, fatto in occasione del concorso all'appalto di opera pubblica, si prescrive entro dieci anni (1).

La Corte ecc. — Col primo motivo il Comune sostiene che tutti gli atti d'un contratto d'appalto fanno un tutto inscindibile dal deposito per le spese all'atto di collaudo, e però come l'appalto è un atto commerciale, così anche il deposito per le spese necessarie al contratto costituisce un atto di commercio e perciò soggetto alla prescrizione decennale.

Il Tribunale di Perugia ha invece ritenuto in linea di fatto che il deposito delle lire 5000 per le eventuali spese non aveva nè doveva avere alcun rapporto col contratto d'appalto e però l'azione per la restituzione della differenza, lire 340 (non spese), fosse di natura civile.

Il Tribunale ha male giudicato. L'obbligo del Comune di restituire la somma non spesa derivava dal contratto d'appalto. Nè vale il dire che se il concorrente all'incanto non fosse rimasto aggiudicatario, e quindi con lui nessun appalto fosse stato concluso, il Comune aveva l'obbligo di restituire il deposito intero al concorrente depositante e soccombente.

Ciò non risolve la questione, la quale invece è questa: un deposito, per concorrere ad un'asta, ha o no carattere commerciale giusta la dizione del n. 8 dell'art. 23 del codice di commercio?

E allora il Tribunale avrebbe visto che la risposta negativa violava la legge. Egli doveva domandarsi se un deposito per causa di commercio, come è senza dubbio un appalto (art. 3 n. 7 cod. comm.), fosse o no un atto di commercio, e avrebbe allora ritenuto che pel citato art. 3 n. 23 i depositi di qualunque specie, siano volontari o necessari, regolari od irregolari, sono commerciali se fatti o se ricevuti per una causa commerciale, com'è appunto quella per concorrere ad un'asta pubblica. Il concetto della *connessione* doveva essere inteso nel senso della *causalità* e non altrimenti e allora era chiaro che per *causa di commercio* (concorrenza ad un appalto) il deposito era stato compiuto (atto commerciale obbiettivo) e quindi soggetto alla commerciale prescrizione e non a quella civile.

Nè importava che l'appalto avesse luogo con una pubblica amministrazione. Se è vero che lo Stato, le provincie ed i Comuni non possono acquistare la qualità di commercianti, non è d'altra parte men vero che essi possono fare atti di commercio; per questi rimangono soggetti alla legge e agli usi di commercio (articolo 7 cod. di comm.).

Il Tribunale ha invece dimenticato che l'appaltatore, nel concorrere ad un'asta, fa un deposito che è bensì duplice: uno per l'esecuzione del contratto, l'altro per le spese, ma entrambi formano un unico atto costitutivo, una vera e propria cauzione, e la cauzione reale è commerciale o civile, a seconda della obbligazione cui accede. Per l'articolo 3 del Capitolato generale per gli appalti, la cauzione è condizione per essere ammesso all'asta. Non si può quindi scindere dal resto del contratto una delle condizioni sostanziali e dare ad un requisito essenziale di esso un'indole diversa dal contratto principale. Ed ecco perchè la legge dice che un deposito è un atto obbiettivo commerciale se è fatto *per causa di commercio*, in quanto che *accessorium sequitur principale*.

Senonchè, pur ritenuto l'errore incorso dal Tribunale, non è il caso di cassare la sentenza, poichè la Corte Suprema può essa correggere l'errore in vista che la sentenza è giusta nel suo dispositivo per altre ragioni che nel pronunciato stesso concorrono.

Infatti il ricorrente non potrebbe sperare vittoria al suo assunto in un nuovo giudizio. Sta in fatto che solo con la deliberazione con-

(1) Approviamo recisamente la massima. Con essa il nostro Supremo Collegio aderisce all'opinione del prof. BOLAFFIO (*Commento al cod. di comm.*, ediz. di Verona, n. 82, pag. 235-236). La cauzione per essere ammesso ad un'asta non rappresenta in fondo che una condizione, cioè la *conditio sine qua non* dell'ammissione. In tal modo è chiaro come, essendo impossibile di scindere dal resto del contratto una delle condizioni essenziali, debba applicarsi la regola *accessorium sequitur principale*. — Cfr. ARCANGELI, in *Riv. di dir. comm.*, 1905, 1, 295.

sigillare del 72 aprile 1899 furono definiti i conti, le questioni del contratto d'appalto, e quindi solo da quel giorno decorre il termine per la prescrizione, non mai dal giorno in cui si poteva procedere alla liquidazione della differenza fra la somma effettivamente spesa (lire 160) e quella depositata (lire 500). Il ricorrente deve pur riconoscere che fu nel 1899 che si liquidarono definitivamente i conti fra le parti, e perciò se egli a ragione sostiene che il deposito per le spese è connesso all'appalto, o meglio ne è un accessorio, per essere logico non può poi disconoscere che solo da quell'epoca (27 aprile 1899) debba cominciare a decorrere il termine della prescrizione, perchè da allora i conti fra le parti ebbero la loro definitiva liquidazione. E dal 1899 non sono trascorsi i dieci anni voluti dalla legge commerciale (art. 917).

Il Comune di Collazzone non può volere nel tempo stesso la dipendenza e l'indipendenza del deposito e del contratto d'appalto, la connessione, la causalità e la diversità dei due atti, la natura commerciale e quella civile, per far valere contemporaneamente la prescrizione decennale e la decorrenza del termine prima della definizione dei conti e delle questioni inerenti al contratto d'appalto. La sentenza dunque ha ben deciso riconoscendo il buon diritto dell'Angeli.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

3 aprile 1907 n. 326

Pagano *Pres.* — La Terza *Est.*

Galimberti (avv. *V. Jacoucci* e *S. Aureli*) contro Verdecchi ed altro (avv. *A. Sandrini* e *A. Benevento*).

Quando la sentenza emessa dal giudice di rinvio si è uniformata, sopra una determinata questione giuridica, alla decisione che dispose il rinvio, è inammissibile un nuovo ricorso per cassazione, sia pure prospettando ragioni ed argomenti non discussi col ricorso precedente (1).

La Corte, ecc. — Osserva che la giurisprudenza sia da più tempo costante e pacifica nel senso, che, qualora la sentenza del giudice di rinvio si uniformi a quella della Corte di cassazione sul punto da essa deciso, non è più ammesso ulteriore ricorso su codesto punto, poichè è principio elementare dell'ordinamento giudiziario che il magistrato non possa essere chiamato una seconda volta (*non bis in idem*) a giudicare la medesima questione nella stessa causa e fra le medesime parti.

Attesochè nella causa in esame, sollevatasi la questione se le ipoteche giudiziali iscritte dal Galimberti dopo la morte della debitrice Salini avessero a prevalere alla domanda in separazione iscritta posteriormente dall'Erembeent o fossero vinte da quest'ultima, la Corte d'Appello di Roma, applicando la regola del *prior in tempore potior in iure*, ritenne la prevalenza delle ipoteche del Galimberti.

Questo Supremo Collegio cassò una tale decisione, e giudicò, invece, che la prevalenza doveva attribuirsi alla domanda in separazione dell'Erembeent, perchè, quando siffatta domanda è pubblicata nel termine e nei modi stabiliti, essa si retrotrae in virtù di legge al giorno dell'apertura della successione del debitore, e conseguentemente vince le ipoteche ordinarie, che, sebbene pubblicate precedentemente, non possono diventare operative se non dal giorno della loro inscrizione.

Ora, in sede di rinvio la Corte d'appello di Ancona nel risolvere l'anzidetta questione si uniformò pienamente al responso di questa Suprema Corte.

Siamo dunque in presenza dello stesso punto di diritto già uniformemente deciso, e non è quindi lecito di provocar sullo stesso punto una nuova decisione.

Se non che il ricorrente oppone che egli si è guardato bene dal riproporre la questione della priorità per ragione di data delle sue ipoteche, poichè avendo formato argomento dell'anteriore giudizio di merito era stata risolta favorevolmente con la sentenza cassata, ma ha invece investito la sentenza con tre distinti mezzi concernenti altre questioni, le quali,

---

(1) Il Supremo Collegio conferma, per un caso speciale, la massima affermata nell'altra sentenza 1 marzo 1907, est. PALLADINO (in questa Raccolta, anno corr., pag. 246).

Circa le vicende di questa causa Galimberti c. Verdecchi vedansi le decisioni 17 dicembre 1904 dell'A. Roma, est. MOSCA, e 2 dicembre 1905 della Cass. Roma, est. NIUTTA, entrambe pubblicate nella presente Raccolta, anno 1905, pag. 75, ed anno 1906, pag. 53).

La sentenza, ora confermata, è quella 6 giugno 1906 dell'A. Ancona, est. SABATINI, e può leggersi nell'ottima Raccolta di *Giurisprudenza italiana*, annata 1906, 1, 2, col. 507.

siccome non furono esaminate dalla Corte d'appello di Roma, così non poterono essere obbietto dei ricorsi per cassazione proposti dalla Verdecchi e dall'Erembeent.

Però questa obbiezione non è giuridicamente esatta, perchè ha il fondamentale difetto di considerare come tante questioni a sè le varie ragioni addotte dalle parti, per far risolvere in un senso piuttostochè in un altro, la questione sottoposta all'esame della Corte di rinvio, circa la prevalenza o meno della domanda di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede di fronte alle ipoteche ordinarie che fossero state iscritte sullo stesso patrimonio anche prima della domanda in separazione. E difatti innanzi alla Corte di Ancona il ricorrente per sostenere la sua tesi della prevalenza delle di lui ipoteche, oltre alla ragione della priorità e della loro data, sulla quale unicamente erasi fondata la sentenza cassata, ripropose anche le altre ragioni di cui è parola nei tre mezzi dell'attuale ricorso, e cioè: la inefficacia della iscrizione di fronte ai creditori ipotecari, che abbiano inscritta la loro ipoteca nei tre mesi dalla morte del debitore, e la nessuna necessità di tale domanda in separazione di fronte all'accettazione dell'eredità con beneficio dell'inventario da parte dell'erede.

Ma se il ricorrente, anche in questo triplice sistema di argomentazione dedotto a sostegno della sua tesi, rimase soccombente, non si dura fatica a comprendere ch'egli non può ritentare la prova dopo la sentenza di rinvio a lui sfavorevole. Imperocchè il riesame di codesto triplice sistema di ragioni importerebbe necessariamente richiamare questa Suprema Corte a giudicare nella stessa causa e tra i medesimi contendenti una seconda volta la questione già decisa dell'assoluta prevalenza del creditore separatista sul creditore non separatista, ancorchè quest'ultimo avesse iscritta la sua ipoteca prima della iscrizione della domanda in separazione. E se adunque questo punto di diritto fu accertato e seguito dalla Corte di rincio, apparisce chiaro ed evidente che il proposto ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Nè vale il dire che le deduzioni contenute nei tre mezzi del ricorso non formarono obbietto di pronuncia nè di esame da parte dei primi giudici di appello, poichè quando è stata annullata una sentenza, per rendere inammissibile il ricorso contro la seconda decisione, basta soltanto che il giudice di rinvio, risolvendo la questione sottoposta al suo giudizio, si sia uniformato al principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione.

Del resto le deduzioni, che ora si propongono dal ricorrente, furono già esaminate e respinte da questo Supremo Collegio col precedente suo arresto, non perchè formavano questioni separate e distinte dalla questione principale della causa, ma perchè erano altrettante ragioni che si contrapponevano o che si potevano contrapporre al principio proclamato nell'arresto stesso circa l'assoluta prevalenza della domanda di separazione del patrimonio del defunto di fronte a tutti gli altri creditori non separatisti. Ed anche questo sistema adottato dalla Corte di cassazione fu integralmente accolto dal magistrato di rinvio.

E se dunque per le esposte considerazioni sono inammessibili le deduzioni proposte dal ricorrente, rimane assorbita ogni altra lamentanza del ricorrente stesso relativamente al difetto di motivazione in cui sarebbe incorsa la denunciata sentenza.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 luglio 1907 n. 611

Pugliese *Pres.* — Baudana *Est.*

Bianchi (avv. *L. Pericoli*) contro Poggi (avvocato *W. Storoni*).

Nei giudizi di pretura non si possono mettere mai a carico del soccombente gli onorari di avvocato, bensì i soli diritti di procuratore, determinati nella tabella annessa alla legge 7 luglio 1901 n. 283 (1).

La Corte ecc. — I ricorrenti deducono che al rappresentante dell'attore avanti il pretore non

(1) Questa decisione è meno grave in realtà di quel che sembra a prima vista. La nostra Corte regolatrice si pone in aperta discordia con la dottrina e la giurisprudenza prevalente. L'osservazione, che i giudizi di pretura debbono essere economici e tali sono nel concetto del legislatore, non toglie di mezzo il fatto certo, vale a dire che talune cause di pretura assumono uno sviluppo ed un'importanza eccezionale. Dal principio che il legislatore contempla *quod plerumque accidit*, non discende che sia da negare un'adeguata considerazione al caso particolare.

era dovuto l'onorario di avvocato, che i magistrati di primo e secondo grado tassarono in lire centocinquanta (L. 150).

Il vigente codice di procedura civile, pubblicato il 25 giugno 1865, pei giudizi avanti i pretori non fa menzione di procuratori legalmente esercenti, nè di avvocati che assistano o rappresentino i contendenti; vuole al contrario la comparizione personale delle parti, allo scopo precipuo di riuscire possibilmente ad una conciliazione, che i pretori, sentite le parti, devono procurare (art. 417).

In via di eccezione possono le parti comparire per mezzo di persona munita di mandato generale o speciale; ma i pretori hanno pure la facoltà di ordinare la loro comparizione in persona all'udienza, o che siano sentite sopra fatti specificati (art. 156 capov. secondo e 446).

Ed allo scopo che veramente economici riescano quei giudizi, con l'art. 439, che si riferisce al procedimento speciale davanti i pretori, limita la tassazione soltanto alle vacazioni necessarie per assistere alle udienze, le quali siano state per ogni volta dal pretore ammesse e nella somma da lui stabilita, nonchè alle spese per gli scritti e gli atti e le copie dal pretore riconosciuti necessari, avuto riguardo alla natura della causa e alla condizione delle persone (art. 439 capov.).

Queste sono spese, non onorari.

Se non che la tariffa per gli atti giudiziari in materia civile approvata con regio decreto 23 dicembre 1865 dava facoltà al pretore, per ogni scritto, di ammettere in tassa un diritto a favore della parte che ne aveva fatto la presentazione, da lire 2 a lire 10 (n. 82), oltre la indennità alla parte per trasferirsi e comparire personalmente alle udienze (n. 396).

Ma il n. 82 che siffatto diritto concedeva alle parti, non ai mandatari, nè ai procuratori, nè agli avvocati, fu abrogato con l'art. 1. della legge 29 giugno 1882, contenente modificazioni alla tariffa per gli atti giudiziari.

Inoltre il decreto legislativo del 6 dicembre 1865, col quale è regolato il gratuito patrocinio dei poveri, ammette avvocati e procuratori a prestare il loro ministero non solo nei giudizi davanti i tribunali o le Corti di appello, ma anche davanti i pretori e negli affari di volontaria giurisdizione (art. 5 e 12); però nell'articolo 1. prescrive: «il patrocinio gratuito dei poveri è un ufficio onorifico ed obbligatorio della classe degli avvocati e procuratori».

Gli avvocati ed i procuratori devono prestare gratuitamente il loro patrocinio o ministero ai poveri, così è ripetuto negli art. 14 e 47 legge 8 giugno 1874, che regola l'esercizio delle professioni di avvocato e procuratore.

E' salvo il diritto di ripetere gli onorari dalla parte contraria, condannata alle spese (articolo 6 n. 1 legge 1865).

Per altro qui si parla di onorari in genere e gli onorari sono accordati per le cause che si trattano davanti i tribunali e le Corti; per quelle avanti i pretori conviene esaminare se onorari agli avvocati siano accordati o consentiti da qualche disposizione legislativa.

Non dalla tariffa civile, della quale i nn. 294,

L'argomento desunto dal decreto legislativo 6 dicembre 1865 sul patrocinio gratuito dei poveri prova piuttosto contro che a favore della tesi oggi adottata dal Supremo Collegio.

La obbiezione che abbia un po' di gravità è una sola, quella che rileva come nella tariffa giudiziaria del 23 dicembre 1865 le disposizioni relative agli onorari degli avvocati sono raggruppate in un *titolo* (il 1. della parte II), intestato «*Degli onorari degli avvocati presso le Corti di cassazione, di appello, e dei tribunali civili*, senza cenno alcuno delle preture. Ma ci sembra persuasiva la risposta di O. SECHI, in *Digesto italiano*, voce *Spese giudiziali civili*, n. 100); «La mancanza, nell'intestazione di detto titolo, della menzione delle preture, anche a non volerla spiegare come una semplice dimenticanza, può unicamente dimostrare che, non potendosi la richiesta dell'opera dell'avvocato nei giudizi che si svolgono davanti i pretori considerare che come un'eccezione, ed essendo difficile, dato ciò, dettare norme certe di liquidazione dei loro onorari, il legislatore ha creduto miglior partito non occuparsene, e rimettersene al prudente criterio dei pretori giudicanti. Chè, del resto, si badi bene: la tariffa, al detto titolo, si occupa degli onorari dell'avvocato non solo nei rapporti fra le parti, ma anche nei rapporti tra l'avvocato e la parte che al suo ministero ha ricorso. Ora, se si accetta la suesposta teoria, la si dovrebbe accettare in tutta la sua estensione, spingendola fino alle sue ultime conseguenze, fino, cioè, a stabilire che l'avvocato non ha diritto di ripetere alcun onorario dalla parte. Ma nessuno spinge i suoi insegnamenti fino a questo punto, riconoscendo che, pur in difetto di una speciale contemplazione nella tariffa, l'avvocato, che presta l'opera sua in una causa pretoriale, ha diritto ad essere ricompensato delle sue fatiche. Ma se si ammette ciò, ed è giusto ammetterlo, perchè si vorrà poi negare alla parte, che dell'opera dell'avvocato si è servita, il di-

295 e 296 sono compresi sotto la rubrica «Degli onorari degli avvocati presso le Corti di cassazione, di appello ed i tribunali civili ».

Non dalla legge 8 luglio 1874 che regola l'esercizio delle professioni di avvocato e procuratore, nè dal relativo regolamento del successivo giorno 26, i quali propriamente si riferiscono alle funzioni in materia civile degli avvocati davanti le Corti di appello e i tribunali: e, per nulla dimenticare, l'art. 64 del regolamento nega la tassazione delle spese di cui ai citati art. 349 cod. civ. e 82 della tariffa a coloro che esercitano la professione di procuratore senza averne i requisiti prescritti. Ma frattanto l'esercizio della professione di avvocato avanti i pretori non è affatto contemplato.

Finalmente fu pubblicata la legge del 7 luglio 1901, sugli onorari dei procuratori e sul patrocinio legale nelle preture, la quale ebbe a precipuo scopo di tutelare il decoro dei procuratori senza aggravare di molto la condizione dei litiganti (relazione del ministro Gianturco), ed esordisce con il seguente articolo:

«Gli onorari dei procuratori sono determinati dalla tabella unita alla presente legge.

«Niun altro diritto sarà loro dovuto».

Nonostante le contrarie osservazioni del deputato Marco Pozzi, questo capoverso del progetto fu tradotto in legge; e perciò, non essendo dovuto altro diritto al Marini, oltre l'onorario di procuratore, non gli competeva anche l'onorario di avvocato, tanto più che in forza della legge 8 giugno 1874, cumulando egli le due professioni nella stessa causa, non poteva esigere che l'onorario di avvocato o di procuratore, secondo la natura dell'atto (art. 2); cui è consono l'art. 88, capov. secondo, della tabella annessa alla legge 7 luglio 1901, che ai procuratori, che nelle cause penali compiano ufficio di avvocato, accorda soltanto gli onorari che spetterebbero a questi ultimi.

E siccome non vi ha legge che assegni e determini l'onorario di avvocato nelle cause civili avanti i pretori così al Marini non si doveva concedergli che il già concessogli onorario di procuratore.

E' vero che con l'art. 6 l'assistenza o rappresentanza delle parti può essere assunta, oltre che dagli avvocati e dai procuratori esercenti, anche dai notari, dai laureati in legge o da altre persone a ciò designate.

E' cotesta un'eccezione alla prima parte dell'art. 156 cod. proc. civ., il quale espressamente ammette le eccezioni stabilite dalla legge e si riferisce al procedimento davanti i tribunali civili e le Corti di appello.

A prescindere da ciò, la frase «oltre che dagli avvocati e dai procuratori», dimostra che ai medesimi non si poteva negare l'assistenza e la rappresentanza delle parti davanti i pretori, una volta che si permetteva a patrocinati non togati.

Eppoi ritorna sempre la ragione prevalente e decisiva, la quale consiste nella mancanza assoluta di una disposizione che accordi e de-

---

ritto di ripetere dalla parte avversa la spesa necessaria, quando la natura della causa era tale da rendere necessario l'intervento dell'avvocato? Certo tali cause sono poche; ma in quelle nelle quali l'intervento dell'avvocato costituisce non già un lusso di difesa, ma un mezzo necessario alla stessa, sarebbe ingiusto che la parte vincitrice dovesse sopportarne il peso; sarebbe una vittoria di poco dissimile dalla sconfitta».

Dopo ciò, i nostri lettori che amassero far dei raffronti possono comparare la decisione che commentiamo con l'altra, totalmente difforme, della Corte di Cassazione di Torino 7 dicembre 1906, est. BACCHIALONI (in *Foro ital.*, 1907, 1, 445).

Si veggano pure, in senso conforme a quanto noi sosteniamo: CATUCCI, in *Gazzetta del Procuratore*, XII, pag. 85; CAPORALETTI, in *Corte di Ancona*, 1904, pag. 322; PADOAN, *Sugli onorari degli avvocati nelle cause di pretura*, in *Monitore dei tribunali*, 1904, pag. 901; LANDUZZI, *Sugli onorari dei procuratori ed avvocati*, Bari, tip. Avellino e C.; CRESPOLANI, *Gli onorari di avvocato e di procuratore nella giurisprudenza e nella dottrina*, Modena, 1906, pag. 21-22; CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, n. 369; MATTIROLO, 5.a ediz., vol. IV, n. 277; BIANCHI, *Avvocato e procuratore*, pag. 275; Cons. Ordine avvocati di Napoli 1 aprile 1877, *Foro ital.* 1877, 3, 53; Cons. Ordine avvocati Forlì 8 marzo 1905, in *Dizionario della proc. civile*, 1905, 288; Collegio avvocati e procuratori di Brescia 25 gennaio 1903, *id.* 1903, 134; Pret. Jesi, 7 luglio 1904, *Corte Anc.* 1904, 227; Pret Modena 27 novembre 1905, *Dizionario proc. civ.* 1905, 453; Pret. Roma III Mand. 10 febbraio 1904, nella presente Raccolta, anno 1904, 191; Pret. Fauglia, 5 febbraio 1905, *Dizionario proc. civ.* 1906, 231; Pret. Albano Laziale 30 novembre 1906, in causa Belardi c. Petrucci, (inedita); Trib. civ. Napoli 19 aprile 1905, *Gazz. Proc.* XXXIII, 427, ecc.

Contra: Pret. Ancona I Mand. 21 maggio 1904, *Corte Anc.*, 1904, 322.

termini gli onorari degli avvocati nei giudizi avanti i pretori.

Sugli onorari degli avvocati da 40 anni si sono fatti e discussi progetti molti e diversi, tra i quali non si deve dimenticare quello approvato dal Senato e presentato dal ministro Villa alla Camera dei deputati nelle tornate del 23 aprile e del 2 luglio 1880, il quale comprendeva anche gli onorari dei procuratori.

Si riconobbe allora l'utilità dell'assistenza degli avvocati nelle controversie di competenza dei pretori, qualunque sia il valore della causa riguardanti le azioni per guasti e danni, le azioni possessorie, di danno temuto, di denuncia di nuova opera, di distanze nella proprietà e sfratto, e con gli art. 3 e 4 si propose di poter ripetere, contro la parte condannata nelle spese, gli onorari dovuti agli avvocati soltanto per le controversie eccezionali di cui nell'art. 82 cod. proc. civ., e non per le cause di competenza ordinaria e si escluse la ripetizione delle spese qualora per la difesa fosse manifestamente superflua l'opera dell'avvocato.

Ma questo progetto non fu mai definitamente approvato; e perciò dalle surriferite disposizioni non è lecito trarre argomento per dedurre che agli avvocati sono dovuti gli onorari per le cause che difendono avanti i pretori, e molto meno per estendere queste disposizioni a causa come l'attuale, estranea alle azioni previste tassativamente dal suddetto art. 82.

Al contrario è lecito argomentare che tali onorari, nello stato dell'attuale legislazione, non sono dovuti, poichè manca la legge che li determini.

E si noti che la stessa legge del 1901 nella tabella relativa tenne conto delle controversie eccezionali di cui al succitato art. 82, elevando per esse al massimo grado l'onorario dei procuratori (art. 2).

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 luglio 1907 n. 635

Pagano *Pres.* — Niutta *Est.*

Finanze (avv. erariale *Corno*) contro **Vigna** (avv. *A. Quarta*).

Il giudizio del magistrato di merito sulla sussistenza o meno degli estremi giuridici richiesti per la costituzione della cosa giudicata è incensurabile in sede di cassazione (1).

Dato che la facoltà di partecipare ad un concorso per un ufficio governativo costituisca pel cittadino un diritto che il Governo non gli può precludere, quando quegli abbia i requisiti di legge, un consimile diritto, però, non genera, se violato, azione giudiziaria a norma dell'art. 3 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo (2).

Ciò si verifica sempre, e quindi anche nel caso che la IV Sezione del Consiglio di Stato abbia dichiarata la illegittimità della esclusione dal suddetto concorso (3).

La Corte ecc. — Considera che Giacomo Vigna, conservatore delle ipoteche di Frosinone, rimase addetto a tale ufficio, quando in forza della legge del di 8 agosto 1895 vennero ripartite in quattro classi le diverse conservatorie.

---

(1) Massima pacifica. Cfr., da ultimo, Cass. Firenze 22 novembre 1906, *Legge* 1907, 234. Cons. anche MORTARA, *Commentario del cod. e delle leggi di proc. civ.*, vol. IV, n. 360.

(2-3) Nel leggere la motivazione di questa parte della sentenza si cade addirittura dalle nuvole. Il dotto estensore non può escludere che la facoltà di partecipare ad un concorso costituisca un diritto, nel senso, com'egli si esprime, di non poter il Governo con arbitrari provvedimenti precludere agli impiegati, che trovinsi nelle volute condizioni, la via di far valere i loro titoli in concorso con altri per ottenere i miglioramenti di carriera che siano stabiliti dalle leggi e dai regolamenti; ma soggiunge subito che consimili diritti non danno luogo ad un'azione giudiziaria.

L'errore è manifesto. Non è concepibile diritto che non sia *coattivo*. *Ein Rechtssatz* — lasciò scritto lo JHERING (*Der Zweck*, pag. 250) — *ohne Rechtszwang ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt ein Licht, das nicht leuchtet.*

La violazione, quindi, del diritto genera sempre l'azione giudiziaria, e, se il diritto è violato da un atto amministrativo, non si potrà chiedere ai tribunali ordinari la revoca dell'atto, ma si potrà ben domandare il risarcimento del danno *che ne fosse derivato.*

Il Supremo Collegio, dimenticando questi ovvii principi, che non erano mai stati messi in dubbio nemmeno in casi identici o consimili (cfr. in questa Raccolta — anno 1905, pag. 43 — la sentenza 30 dicembre 1904 del Trib. civ. Roma, est. GIORGI, e la relativa nota), ha creato un precedente veramente deplorevole, perchè i nostri uo-

attribuendosi a ciascuna classe uno stipendio fisso.

Che siccome l'ufficio di Frosinone fu compreso tra quelli di quarta classe a cui era assegnato lo stipendio di lire 4000, il Vigna, ritenendo di aver diritto ad una migliore classificazione, fece ricorso alla IV sezione del Consiglio di Stato, innanzi alla quale sostenne di non essere stati presi in debita considerazione i suoi titoli di anzianità, per cui gli era dovuto uno stipendio maggiore.

Che, respinto il ricorso, il Vigna fece istanza al Ministero per essere ammesso al concorso apertosi per la conservatoria di Udine che erasi resa vacante, ma la sua istanza non fu accolta perchè il Ministero ritenne di fare ad essa ostacolo l'art. 7 della legge, il quale, nel parere del Ministero stesso, doveva interpretarsi nel senso che non fosse dato di concorrere ad una conservatoria di classe superiore se non ai conservatori della classe immediatamente inferiore, nel quale caso non trovavasi il Vigna che era conservatore di un ufficio di quarta classe mentre quello di Udine era di prima.

Che questo provvedimento ministeriale fu dal Vigna impugnato con ricorso alla IV Sezione; e poichè il concorso alla conservatoria di Udine aveva avuto il suo seguito ed era stato anche nominato a quell'ufficio il concorrente Enrico Appiotti che era conservatore di Lucera, così il Vigna con altro ricorso impugnò eziandio il decreto ministeriale con cui tal nomina venne fatta.

Che la IV Sezione con decisione del 13 luglio 1900 disse inammissibile quest'ultimo ricorso perchè non notificato alla persona interessata; ma giudicò che a ragione il Vigna si dolesse col suo primo gravame di essere stato escluso dal concorso di Udine, non potendosi ritenere l'interpretazione data dal Ministero all'art. 7 della legge, il quale andava applicato ad altri funzionari, non già ai conservatori in carica che erano liberi di concorrere senza distinzione di classe alle vacanti conservatorie.

Che dichiarò pertanto quel collegio che, se il gravame del Vigna non poteva aver pratico effetto riguardo alla conservatoria di Udine per l'inammissibilità del ricorso contro la nomina già avvenuta di altro concorrente, doveva sempre essere atteso in quanto mirava a far riconoscere nel Vigna i titoli di lui a potersi presentare a qualsiasi altro eventuale concorso per conservatorie vacanti.

Che con citazione del 5 febbraio 1901 il medesimo Vigna convenne innanzi al Tribunale di Roma il Ministero delle Finanze perchè

---

mini di governo non avranno omai più ritegno alcuno di commettere arbitri e partigianerie, già abbastanza frequenti.

Eppure sarebbe stato facile alla Corte di arrivare, senza offesa del diritto, alla conclusione ultima, cui è giunta, di frustrare cioè le speranze del Vigna.

L'abbiamo fatto capire sottolineando testè la frase «danno.... che ne fosse derivato»: non ogni violazione del diritto produce un danno. Essa crea solo uno stato di fatto, *che può essere causa, più o meno prossima, di danno*, ma col danno non è certamente da confondere.

Se si darà la prova che da quella *causa* il danno è stato prodotto, il risarcimento non potrà sfuggirsi; ma, finchè tale prova non è data, risarcimento non è dovuto.

Ora, il Vigna lamentava di essere stato illegittimamente escluso dal concorso e di essergli stata tolta, quindi, la possibilità di migliorare la propria condizione d'impiegato, vincendo il concorso medesimo.

Ma avrebbe vinto il concorso il Vigna? Questo è ciò che nè egli, nè altri potrebbe provare.

Se in effetti il concorso egli non avesse vinto, la sua condizione d'impiegato non avrebbe risentito un miglioramento: le cose sarebbero rimaste allo stesso punto in cui egli si trovava ieri, e l'essere o non essere stato ammesso al concorso avrebbe dovuto tornare indifferente al Vigna.

Dal che discende che la esclusione da un concorso non dà diritto di per sè all'emenda del danno: il danno, bene è vero, *può* derivare da un tal fatto, ma perchè l'obbligo del risarcimento sorga è necessario che si provi *non un danno probabile*, ma un danno già positivamente *derivato*.

Questa risoluzione conveniva fosse adottata dal Supremo Collegio nella specie, e soltanto per essa era giusto assolvere la Finanza dalle domande del Vigna.

Comprendiamo quanto sia grave che la violazione di un diritto rimanga impunita; ma così è, se ci atteniamo ai principi del nostro giure.

Altri e svariati casi possono immaginarsi, nei quali la violazione del diritto sussiste, ma il rifacimento del danno è da negare.

Poniamo che un procuratore legale abbia avuto dal proprio cliente l'incarico di concorrere ad un'asta, fino a licitare per una data somma. Il procuratore giunge ad asta finita. Come si calcola qui il danno subito dal cliente? Ricadiamo suppergiù nelle stesse considerazioni fatte sopra per il caso Vigna.

fosse condannato a pagargli l'annua somma di lire 3000 che era la differenza tra lo stipendio da lui percepito come conservatore di un ufficio di quarta classe e quello di lire 7000 spettante ai conservatori di prima classe tra i quali egli sosteneva che dovesse essere annoverato fin dal tempo della attuazione della nuova legge che, a suo dire, era stata applicata dal Ministero con criteri erronei, disconoscendosi i suoi titoli personali per un miglior trattamento.

Che il tribunale dichiarò improponibile in giudizio una simile domanda, e quindi incompetente l'autorità giudiziaria a pronunziare su di essa, e tale dichiarazione d'incompetenza rimase ferma, avendo la corte d'appello rigettato il gravame del Vigna, e questa Corte, a sezioni unite, il ricorso da lui interposto.

Che ciò non ostante il Vigna con altra citazione del 30 gennaio 1906 propose contro la Finanza domanda per ottenere il pagamento della suaccennata differenza di stipendio dal giorno in cui venne escluso dal concorrere alla conservatoria di Udine, sostenendo che tale esclusione aveva leso il suo diritto, siccome aveva ritenuto la IV Sezione del Consiglio di Stato colla decisione testè mentovata.

Che egli però non diede corso a questo giudizio, ma altro ne istituì con nuovo libello, col quale, ponendo sempre a base della sua domanda la lesione che sarebbe stata arrecata al suo diritto coll'escluderlo dal concorso di Udine chiedeva la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni riservandosi di farli liquidare in separata sede.

Che a cotesta domanda l'Amministrazione oppose la eccezione di cosa giudicata risultante dalla sentenza che aveva dichiarata incompetente l'autorità giudiziaria a conoscere della precedente domanda proposta dallo stesso Vigna colla citazione del 5 febbraio 1901, ed oppose ancora la medesima eccezione d'incompetenza; ma il Tribunale, senza attendere a coteste eccezioni, giudicò in merito e respinse la nuova istanza del Vigna come infondata.

Che la Corte d'appello di Roma confermò questa pronunzia con sentenza dell'8 febbraio 1907, e avverso siffatta sentenza hanno proposto ricorso da un lato il Vigna, dall'altro lato il Ministero delle finanze, il quale ultimo chiede l'annullamento del pronunziato della Corte per violazione dell'autorità della cosa giudicata e delle regole che segnano i limiti della competenza dell'autorità giudiziaria.

Che dovendo il ricorso del Ministero, per le pregiudiziali eccezioni da esso proposte, esse-

---

Un altro caso tipico è quello proposto all'esame del Tribunale civile di Roma alcuni anni addietro e deciso con la sentenza 21 giugno 1901, est. BIANCHI (*Temi romana*, 1901, pag. 326).

L'onorevole Barzilai aveva preso l'impegno di sporgere ricorso per cassazione avverso una sentenza penale. Il ricorso non fu presentato in termine e perciò venne dichiarato inammissibile. Il cliente chiamò, allora, in giudizio l'on. Barzilai pel risarcimento dei danni. Il Tribunale li negò, ma con una motivazione in cui si permise di esaminare se il controverso ricorso per cassazione fosse o no fondato nel merito.

A noi cotesta sentenza sembra da riprovare non solo nella suddetta parte della motivazione (chè non è lecito, per nessun titolo, a magistrato inferiore di arrogarsi l'ufficio di magistrato superiore), ma anche nell'altra parte, ove stabilisce il principio che *pure la perdita dell'alea rappresenta un danno* e che tale danno deve liquidarsi dal giudice, *avuto riguardo alla maggiore o minore probabilità di riuscita dell'affare*.

Se così fosse, l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto, nei rapporti del Vigna, ricercare quali e quante probabilità egli avesse di vincere il concorso da cui fu escluso, il che equivarrebbe in sostanza, secondo noi, a permettere che l'autorità giudiziaria ficchi il naso nelle cose dell'autorità amministrativa, nascendo, così, uno sconcio anche più grave di quello commesso dal Tribunale di Roma con l'usurpare le funzioni della Corte di cassazione.

Le conseguenze assurde e mostruose debbonsi evitare. E' duro, ripetiamo, che la violazione di un diritto resti talora impunita; ma, poichè le leggi vigenti sono quelle che sono, non possiamo sforzarle sino a comprendervi ciò che esse effettivamente non comprendono.

N. N.

Nota della Direzione — Pur avendo lasciato ampia libertà all'egregio nostro collaboratore di esprimere la sua opinione sull'importante argomento, crediamo necessario di dichiarare ch'egli non ci ha persuasi. Secondo noi la violazione del diritto e l'accertata perdita di una *spes*, se non costituiscono danno vero e proprio, costituiscono certamente un pregiudizio ponderabile *arbitrio boni iudicis*. D'altronde, se non si concepisce diritto che non sia *coattivo*, come scrive lo IHERING citato dal nostro collaboratore, da ciò appunto discende che la proclamazione della violazione del diritto per parte dell'autorità giudiziaria *non può restare platonica, ma deve avere effetti concreti.*

re esaminato prima di quello del Vigna che si duole della soluzione data alla questione di merito, egli accade osservare di non poter essere atteso il motivo di detto primo ricorso con cui si è addebitato alla Corte di aver violato l'autorità della cosa giudicata.

Che la Corte, ritenendo la presente domanda del Vigna diversa per la *causa petendi* da quella dallo stesso Vigna spiegata col libello del 5 febbraio 1901, non ha disconosciuto o manomesso alcuno degli estremi giuridici che sono richiesti per la costituzione dell'autorità della cosa giudicata, ma si è convinta con un giudizio insindacabile, desunto dall'esame della prima domanda del Vigna, come essa fosse fondata sopra una causa diversa da quella che formava la ragione giuridica della nuova sua istanza.

Che quest'ultima, a giudizio della Corte, era diretta a conseguire il risarcimento del danno sofferto dall'attore per essere rimasto escluso dal concorrere all'ufficio vacante di Udine, mentre nel giudizio precedente egli poneva la causa del domandato indennizzo in una offesa anche maggiore che sarebbesi arrecata ai suoi diritti con un atto anteriore del Ministero, il quale non avrebbe attuato, nei riguardi di lui, la legge del 1895, secondo che andava applicata, facendo una più giusta estimazione dei titoli personali di un conservatore di ipoteche già in carica.

Che se per una siffatta considerazione la corte ha ritenuto in base all'esame degli atti e della precedente sentenza di non poter trovare luogo l'eccezione di cosa giudicata, la censura del ricorrente Ministero esce dai limiti entro i quali deve rimanere circoscritta la denunzia di violazione del giudicato per parte dei magistrati di merito.

Che debbesi in quella vece reputare al tutto fondata l'altra eccezione dell'assoluta improponibilità dell'azione spiegata dal Vigna.

Che invero pretendeva il Vigna colla detta sua azione di essere risarcito dei danni a lui derivati dall'essere rimasto escluso dal poter concorrere alla conservatoria di Udine, mentre era questo un diritto che gli veniva assicurato dall'art. 68 del regolamento del 29 agosto 1897, il quale ammetteva senza alcuna limitazione i conservatori a concorrere agli uffici che si rendessero vacanti.

Che, ora, ammesso pure che questa facoltà di partecipare al concorso costituisse un diritto nel senso di non poter il Governo con arbitrari provvedimenti precludere agli impiegati che trovinsi nelle volute condizioni la via di far valere i loro titoli in concorso con altri per ottenere i miglioramenti di carriera che sieno stabiliti dalle leggi e dai regolamenti, certo è però che consimili diritti non possono andar confusi con quelli per cui è concessa un'azione presso i tribunali ordinari a norma dell'art. 3 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo.

Che il Vigna ben si avvide di ciò quando, volendo far valere il proprio diritto ad essere ammesso al concorso per l'ufficio di Udine, propose all'uopo il suo gravame alla IV Sezione del Consiglio di Stato impugnando eziandio il decreto ministeriale con cui, in seguito al concorso eseguitosi nonostante i suoi reclami, venne quell'ufficio ad altri conferito.

Che quel collegio dichiarò in questa seconda parte inammissibile il ricorso per non essere stato notificato all'interessato, e se nondimeno raccolse le ragioni del Vigna quanto alla indebita esclusione dal concorso, ciò fece all'effetto di riconoscergli il diritto di partecipare ai futuri concorsi.

Che in tal guisa rimase esaurita ogni possibile riparazione che il Vigna poteva attendersi dall'accolto suo ricorso: senonchè egli istituendo il presente giudizio si è avvisato di poter ottenere sotto forma di risarcimento di danni quella reintegrazione del leso suo diritto che non gli fu dato conseguire in forma specifica coll'annullamento della nomina del suo competitore all'ufficio di Udine.

Che il Vigna cadde qui nel doppio errore, di ritenere da un lato che, fallitogli per lo stesso suo fatto il rimedio di far revocare la detta nomina dalla competente autorità amministrativa, gli sia lecito di tramutare l'esperimento di quel rimedio in un'azione di danni presso l'autorità giudiziaria, e di considerare dall'altro lato il suo diritto di partecipare al concorso di Udine come un diritto già certo e quesito a conseguire a preferenza di ogni altro un ufficio più rimunerativo, in modo da rimanere giustificata dalla perdita sofferta nel suo patrimonio per non averlo ottenuto la domanda di un equivalente indennizzo pecuniario.

Che ora egli è evidente che la non ottenuta facoltà di partecipare al concorso non può essere confusa con la perdita del posto messo a concorso, se non quando riuscisse dimostrare che il concorrente escluso possedesse tali ti-

toli, in confronto degli altri, da non poter esser dubbia la preferenza che gli sarebbe stata accordata.

Che però una simile indagine è addirittura sottratta all'autorità giudiziaria, la quale per poterla istituire dovrebbe rendersi giudice dei titoli dei diversi concorrenti ed entrare in un campo di valutazione circa i criteri di preferenza che sfuggirebbero, nonchè al potere ordinario, a qualsiasi autorità contenziosa, posto che nè la legge, nè il regolamento hanno fissato in modo assoluto ed obbiettivo le condizioni da cui deve dipendere il conferimento delle conservatorie messe a concorso.

Che resta l'ultima obbiezione del Vigna, la quale consiste nell'affermare che avendo la IV Sezione del Consiglio di Stato dichiarato illegale il provvedimento ministeriale con cui egli fu escluso dal concorso, cotesta dichiarazione d'illegalità importi il riconoscimento di una lesione arrecata al diritto del Vigna e deve quindi ottenere la sua sanzione mediante un congruo risarcimento del danno che ne sia derivato.

Che qui ritorna la considerazione già fatta di sopra di avere il Vigna ottenuto con la stessa decisione del Consiglio di Stato l'unica riparazione che gli era possibile conseguire mediante la facoltà, che gli venne riconosciuta, di presentarsi ai futuri concorsi, della quale facoltà egli si avvalse senza alcun contrasto concorrendo sebbene senza successi ad altre conservatorie vacanti, come risulta dimostrato.

Che il pretendere oltre a ciò il risarcimento pecuniario muove dalla erronea nozione del diritto che si afferma leso, attribuendo al medesimo il carattere di un diritto civile patrimoniale, mentre non è che una condizione di carriera, la quale se è stabilita nell'interesse degli impiegati, trova la sua guarentigia nei rimedi all'uopo offerti dalla giustizia amministrativa, ma non può partorire azione giudiziaria se non quando sia diventato un titolo giuridico certo ed attuale per conseguire sotto forma di risarcimento di danno i corrispettivi e le altre utilità che erano annesse ad una posizione già legittimamente acquistata e di cui il funzionario sia rimasto privo per un atto arbitrario della amministrazione dalla quale dipendeva.

Che il Vigna non trovavasi in questa posizione, ed invano egli parla di danni morali sofferti per la esclusione dal concorso come se un diritto a ripetere siffatti danni potesse sorgere dalla delusione di aspettative più o meno giustificate o dalle vicende men che favorevoli incontrate dagli impiegati nel corso della loro carriera.

Che, dovendosi per le esposte considerazioni dichiarare l'incompetenza del magistrato ordinario a conoscere della domanda del Vigna per l'assoluto difetto di un diritto a cui potesse corrispondere la garantia di un'azione giudiziaria, rimane assorbito dall'annullamento dell'impugnata sentenza il ricorso proposto dal medesimo Vigna per ragioni attinenti al merito; e poichè il ricorso stesso viene a trovarsi nel caso di un gravame che non avrebbe potuto essere mai prodotto, anche il deposito come inutilmente fatto vuol essere restituito.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

29 luglio 1907 n. 640

Basile *Pres.* — Cannas *Est.*

Falchi (avv. *E. Carboni-Boy*) contro Targhetta (avv. *F. Atzeri*).

Il convenuto, che è rimasto contumace in primo grado, ha diritto di opporre in appello la incompetenza per territorio, purchè ciò faccia prima di ogni altra difesa (1).

La competenza speciale, contemplata dal capoverso dell'art. 91 cod. proc. civile, non si verifica se non concorrono le due condizioni della promessa e della consegna della merce nell'istesso luogo; e l'apprezzamento del magistrato di merito sul concorso o meno delle due condizioni è incensurabile in sede di cassazione (2).

Luogo di consegna della merce non è di regola quello in cui la merce è consegnata al vettore, bensì quello in cui la merce arriva al destinatario (3).

---

(1) Non sembra disputabile l'esattezza di una simile massima. Cfr., da ultimo, Cass. Palermo 19 gennaio 1907, *Foro sic.* 1907, 110.

(2-3) Un buon commento al capoverso dell'articolo 91 cod. proc. civile fu dettato dal nostro collega avv. L. PERICOLI e si legge nell'*Annuario della proc. civ.* del CUZZERI, vol. XXI (1903), voce: *Competenza*, pag. 168-177. Ivi possono attingersi a larga mano richiami di autori e decisioni ed altro materiale di studio.

L'art. 388 cod. proc. civile, che addossa al contumace le spese della sentenza contumaciale, della notificazione di essa e degli atti ai quali ha dato luogo la contumacia, si applica anche nei giudizi di pretura, sebbene quivi non intervenga la preventiva dichiarazione della contumacia (4).

La Corte, ecc. — Dei quattro mezzi di annullamento i primi tre non sono fondati.

L'assunto del primo mezzo, che Targhetta, contumace in primo grado, non poteva eccepire in appello la incompetenza per territorio, poggia sulla premessa che la contumacia implichi accettazione della competenza del giudice adito.

Alla premessa nettamente contraddice la dizione dell'art. 190 procedura civile, capoverso. Questo, *expressis verbis*, riconosce al contumace il diritto di opporre in appello la declinatoria del fòro; e solo quando egli ometta di opporla *in limine*, alla omissione attribuisce significato di rinunzia. E' l'applicazione del principio accolto dall'art. 386, che, in caso di comparizione tardiva, autorizza il contumace a proporre le sue ragioni tra le quali, non vi ha dubbio, anche la eccezione d'incompetenza *ratione loci*. A torto il ricorrente obbietta che l'art. 386 fa salvi contro il contumace gli effetti di sentenze e decadenze procedurali; tale salvezza infatti presuppone la competenza del giudice.

Questa osservazione lumeggia l'inanità del secondo mezzo, che dice ostativa alla declinatoria del fòro la interlocutoria del 27 febbraio 1904, disponente l'interrogatorio del Targhetta. A tale interlocutoria vorrebbe il ricorrente attribuire virtù di giudicato, non in contemplazione della notificazione 22 marzo 1904, della quale fu ritenuta la irritualità, ma in virtù di altra notificazione del 14 successivo agosto.

A prescindere da ogni altro riflesso, è certo che della notificazione 14 agosto non è cenno nella sentenza ora denunciata, nè risulta che sia stato tale atto prospettato alla cognizione del Tribunale. Non è consentito produrre in cassazione, per trarre elementi di decisione e di censura ai giudici, un documento che non fu discusso nè invocato dalle parti in sede di merito.

Nè regge la osservazione del ricorso che, avendo il Tribunale di Oristano, con la sentenza poi cassata, ammesso implicitamente con la propria la competenza del pretore di Oristano, il Targhetta avesse accettato quella competenza col non impugnare siffatta pronuncia che il solo Falchi aveva allora denunciato alla Cassazione. Il Tribunale di Oristano, come ebbe a rilevare il magistrato di rinvio, erasi limitato a dichiarare nulla la notificazione della sentenza del Pretore, che aveva disposto l'interrogatorio del Targhetta, e gli atti successivi, compresa la sentenza di merito, con ciò, rendendo possibile i rimedi di legge contro la sentenza disponente l'interrogatorio, lasciava impregiudicate le ragioni del Targhetta anche in ordine alla eccezione d'incompetenza per territorio, che non aveva deciso. Avrebbe, è vero, per l'indole pregiudiziale di siffatta eccezione, dovuto esaminare, se la si dovesse preliminarmente decidere; è certo però che su di essa nulla statuì, e per non averla preliminarmente decisa fu appunto censurato allora dal Collegio Supremo.

A torto il ricorrente crede trovare in qualche frase colta nei motivi del giudicato della Cassazione argomento per affermare rinunziata dal Targhetta la eccezione d'incompetenza per territorio. Il Supremo Collegio non era chiamato a pronunziarsi e nulla decise al riguardo; e, col porre nel nulla la sentenza del Tribunale di Oristano, rimise le parti nelle condizioni in cui trovavano prima della sentenza annullata.

Manca poi la necessaria base dei fatti al terzo motivo del ricorso; questo, enunciando

Sull'argomento ci piace di ricordare altresì una importante *nota* del prof. L. TARTUFARI, pubblicata dalla *Riv. di dir. comm.*, anno corr., 2, pag. 123-130, col titolo *Clausola di deroga alla competenza territoriale inserita nella fattura, e luogo della consegna della merce nella vendita mediante spedizione.*

Tra la giurisprudenza più recente spigoliamo ad utilità dei nostri lettori: A. Genova 4, 28 e 31 dicembre 1906, *Temi gen.* 736, e 1907, 53, e 88; Cass. Torino 25 marzo e 3 maggio 1907, *Giur. tor.* 1907, 584 e 676; A. Genova 22 marzo 1907, *Temi gen.* 1907, 241; A. Milano 29 maggio 1907, *Giur. ital.* 1907, 1, 2, 521.

(4) Non conosciamo precedenti sulla questione. Possiamo solo ricordare la sentenza 18 luglio 1906 dell'A. Palermo, *Foro sic.* 1906, 357, con cui fu ritenuto che la disposizione del citato art. 388 cod. proc. civ. si riferisce soltanto al contumace che è vera parte in causa, e non a colui che vi è chiamato senza interesse proprio, ma per avere conoscenza del giudizio.

principî esatti, li poggia però sulla premessa che Falchi (da Solarussa) propose la compra-vendita della neve: che Targhetta (da Iglesias) l'accettò alle condizioni indicate e che l'incontro delle due volontà si verificò, quando pervenne al Falchi (a Solarussa) la notizia dell'accettazione. Or la sentenza denunciata non contesta, ma professa il principio che tra persone lontane il contratto si perfeziona nel momento in cui l'accettazione giunge a notizia del proponente; e però ritiene in linea di fatto, con apprezzamento in Cassazione incensurabile, non già che il Falchi propose la compra-vendita ed ebbe poi notizia dell'accettazione, ma che la promessa del Falchi (la quale presupporrebbe la richiesta o proposta del Targhetta) e la contemporanea o susseguente spedizione della merce solo quando pervennero al Targhetta (in Iglesias) poteano determinare e determinarono, con l'incontro delle due volontà, la perfezione del contratto. Dopo ciò è palese che Iglesias, come il *forum domicilii* del convenuto,, era anche il *forum contractus*.

Il ricorrente ammette giustamente che la promessa e la consegna della merce devono concorrere, perchè possa, pel capoverso dell'art. 91 cod. proc. civ., deviarsi dalla regola del *forum domicilii*. Ma che promessa e consegna seguissero a Solarussa, ritenne non provato, con sovrano apprezzamento dei dati della causa, il magistrato di rinvio, al quale d'altra parte non può muoversi censura per aver ritenuto che, quando ancora non si è costituito il vincolo tra mittente e destinatario, il luogo di spedizione non è il luogo della consegna al mittente; la consegna al vettore (spedizione), appunto quando il patto non autorizzi a ritenere il contrario, non spoglia il mittente e quindi non investe il destinatario del possesso e della disponibilità della merce (art. 396 codice comm.). Non misconosciuti, quindi, ma rettamente applicati furono gli articoli 1148 Cod. civ., 36 Cod. comm., 91 e 517 n. 3 proc. civile, invocati nel ricorso.

Fondato, per contro, è il quarto mezzo denunziante la violazione dell'art. 388 proc. civile. Anche in rapporto alle spese, nonostante la latitudine consentita dall'art. 370 proc. civ. ai giudici del merito, si hanno alcune norme di legge che, violate, dànno luogo a censura in Cassazione.

Tra queste, l'art. 388 ora ricordato che addossa al contumace le spese degli atti ai quali ha dato luogo la contumacia e che trova giusta applicazione anche quando non intervenga, e in Pretura non interviene la preventiva dichiarazione della contumacia; permane invariata invero la ragione di addossare al contumace le spese che col suo fatto volontario ha occasionate. E nella specie la contumacia che fu, o deve, essendo stata ripetuta la citazione introduttiva, presumersi volontaria diè luogo ad una serie di atti. E pertanto la inosservanza della norma di legge è giustamente lamentata e denunziata dal ricorrente, la cui soccombenza del resto non fu sul merito della controversia, ma su una dibattuta questione di competenza relativa. Si avvisa poi giusto rinviare al giudizio delle spese della lunga procedura anche quelle di Cassazione.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

29 luglio 1907 n. 644

Basile *Pres.* — Setti *Est.*

Mini (avv. *G. Bacchelli*) contro Ranuzzi (avvocati *A. Fortis* e *G. Palmieri*).

Nella vendita di un immobile il venditore può espressamente riservarsi il diritto di riscuotere per un determinato tempo le corrisposte di affitto dovute dal conduttore, se l'immobile è locato, e il conduttore, ove sia stato comunque avvertito, è tenuto a pagargliele, sotto pena di sentirsi risolvere la locazione (1).

La Corte ecc. — Il ricorrente col primo motivo sostiene che, siccome per l'art. 1597 codice civile il compratore è tenuto a stare alla locazione, quando questa sia anteriore alla vendita, e consti da atto pubblico o da scrit-

(1) La risoluzione data alla controversia discende chiara dai principî di diritto, principî che furono già sviluppati, per quanto con precisione minore, dalla sentenza, confermata, dell'A. Bologna 28 dicembre 1906 (*Temi*, 1907, pag. 181).

Anche il TENDI (*Tratt. teorico-pratico della compra-vendita*, Firenze, Lumachi, 1906, vol. II, n. 578) finisce per dichiarare che la materia delle locazioni in corso al tempo della vendita degli immobili relativi può esser disciplinata a talento dalle pattuizioni delle parti secondo il loro tornaconto e il proprio interesse.

tura privata avente data certa, così il compratore resta esclusivamente investito di tutti i diritti e di tutte le facoltà stipulate a favore del locatore-venditore nel contratto iniziale. E opina che tale investitura sia così assoluta e rigorosa, da non ammettere possibilità di pattuizione contraria tra venditore e compratore.

Ora tutto l'errore della sua tesi (errore che si ripete nel mezzo quarto) sta tutto qui. Nessuno nega che le azioni dette locatizie spettino al proprietario della casa e sia il compratore e non il venditore arbitro della continuazione del contratto, o meglio dell'esercizio di quelle azioni che alla locazione antica si attengono. Ma qui la questione risolta dalla sentenza denunciata è questa: se cioè il compratore faccia cosa contraria alle leggi proibitive o di ordine pubblico (art. 12 disp. prel.) lasciando al suo venditore e antico proprietario della casa il diritto di riscuotere esso e per un determinato tempo le corrisposte di fitto dovute dal conduttore in una all'esercizio di tutte quelle azioni (azioni locatizie) dirette a tutelare quel diritto.

Ora i principî generali di diritto, regolatori della soggetta materia, non sono di ostacolo alla validità di un accordo tra venditore e compratore della cosa locata per la continuazione dei rapporti locatizi fra antico proprietario e conduttore, fino al termine della locazione. Se in una vendita è persino permesso alle parti di sospendere per un dato tempo la traslazione del dominio fino a pagamento integrale del prezzo, sarebbe strano che si potesse trovar contrario alla legge un patto che, in occasione di una vendita di stabili, riservasse a favore del venditore le azioni tutte o alcune di esse nascenti da una locazione in corso e relative agli stabili medesimi.

Le azioni locatizie — ha detto bene la sentenza — non sono di tale natura da dover essere assolutamente inerenti alla proprietà della cosa. Se fosse così il conduttore non avrebbe mai azione alcuna verso il suo subaffittuario. Sta bene che i diritti del locatore si intendono trasmessi all'acquirente dell'immobile come conseguenza naturale e correlativa dell'obbligo che l'art. 1597 gl'impone di rispettare la locazione in corso; ma ciò non toglie che in tale trasmissione tacita non si possa fare una riserva espressa a favore del venditore nel senso di conservare a lui un dato diritto e l'esercizio dell'azione atta a tutelarlo. La disposizione dell'art. 1597 fu solo introdotta per assicurare il godimento obbiettivo della cosa locata per parte del conduttore, il quale non ha alla fin fine interesse a che i diritti correlativi ai suoi obblighi sussistano a favore del venditore, piuttosto che del compratore.

L'errore quindi del ricorrente sta nel supporre che esista una fatale necessità giuridica del trapasso dei diritti tutti locatizi dal venditore al compratore, senza possibilità di una valida riserva in contrario, diretta ad apportare una modificazione agli effetti normali della vendita. Gli articoli 1597 e 444 Cod. civile non vietano una tale riserva, mentre il primo implicitamente e il secondo esplicitamente non fanno che disciplinare il caso comune senza contenere regole proibitive.

Tutto sta a vedere se nel caso speciale una tale riserva fu concordata. La Corte di merito disse di sì e il giudizio suo è insindacabile. Essa ritenne, cioè, che il Ranuzzi venditore volle a sè riservare il diritto di percepire fino al 31 ottobre 1906 la corrisposta del fitto dal Mini, e l'obbligo di consegnare all'acquirente Brazetti il fondo al termine suddetto intanto scomputandogli nel prezzo di vendita l'ammontare di detta corrisposta, appunto perchè gli effetti attivi e passivi del contratto dovevano datare dal 27 dicembre 1905, giorno della stipulazione.

Cade così tutto il ricorso, che si basa esclusivamente su questa argomentazione. Tuttavia è necessario brevemente discorrere degli altri motivi.

Col secondo mezzo si lamenta la violazione dell'art. 1123 cod. civile perchè la sentenza avrebbe preteso che il Mini fosse andato ad esaminare il contratto di vendita, mentre questo era *res inter alios*, per sincerarsi di quella riserva di cui sopra si è detto.

Ma la sentenza della Corte non ha detto ciò che il Mini pretende.

Essa ha ritenuto che, sia per « manifestazioni» scritte com'è la diffida 30 marzo 1906 del Ranuzzi al Mini, sia per quelle orali — come sono le «ripetute dichiarazioni» del Brazetti al ricorrente — costui fosse stato informato e sapesse che per i patti della vendita la corrisposta — affitto 31 agosto 1906 — doveva — come pel passato — esser pagata al Ranuzzi.

Che se, soggiunse la sentenza, il Mini non voleva prestare fede a quelle dichiarazioni, bene avrebbe dovuto esaminare il contratto, ecc.

Ora da ciò si vede come sia fuor di luogo la

sovrano il magistrato del merito, deve pur sempre sovrastare il compito della Corte Suprema, circoscritto, sia pure, a controllare e interdire che i criteri informanti la definizione dell'amanuense, enunciati o presupposti a base di quegli apprezzamenti e della decisione, non vadano contro la mente del legislatore, o rendendo vano il divieto, o estendendone oltre i limiti ragionevoli la portata.

Nella specie, i fatti, quali il giudice di merito li ha incensurabilmente fissati, giustificano le considerazioni giuridiche e le conseguenze, che lo stesso giudice ne ha tratte, escludenti nel Benedettelli, testimone nel testamento, la qualità di amanuense del notaio rogante.

La Corte di Ancona esaminò, colla circospezione doverosa in un campo seminato di insidie, i dati della prova testimoniale: e ne desunse che il Benedettelli, nell'epoca in cui il testamento segreto fu consegnato al notaio Carpeggiani, era amanuense, non già del Carpeggiani, bensì invece dell'avv. Enea Costantini; da questo dipendeva avendone lavoro continuato, con orario fisso e con retribuzione mensile fissa, onde ritraeva i mezzi di sussistenza. Che se lavori di minute di copie o di altro eseguiva anche pel Carpeggiani, ciò però avveniva soltanto nelle ore per se, senza alcuna dipendenza, che la Corte stessa, non omettendo di interpretare altri elementi di fatto, ebbe cura di escludere.

Qualificata avventizia l'opera del Benedettelli presso il notaio, esclusa la dipendenza da una parte e la conseguente influenza potenziale dall'altra, mancati i dati che sono il presupposto logico della inidoneità, era conseguenza inevitabile di tali premesse di fatto l'affermazione che il Benedettelli non era amanuense del notaio rogante nei sensi di legge.

Non furono quindi violate, come a torto si assume col primo mezzo del ricorso, gli articoli 788 e 804 Cod. civ. i quali furono per contro rettamente intesi ed applicati, in armonia alle considerazioni suespresse.

Ne è meglio fondato il secondo mezzo, denunciante come inficiati i ragionamenti e il giudizio del magistrato di merito dall'erroneo concetto che uno stesso individuo non possa essere contemporaneamente amanuense di due persone o di due uffici. A prescindere da ogni altro riflesso, la Corte di Ancona, meglio che a tesi astratta di incompatibilità, mirò ad assodare in linea di fatto, se tra i vari adempimenti attribuiti al Benedettelli ve ne fosse qualcuno principale e di qualche importanza: e constatò che l'impiego di amanuense che quegli copriva presso l'avv. Costantini, mentre gli assicurava i mezzi di sussistenza, colla retribuzione fissa mensile, in pari tempo ne attraeva continuamente e normalmente l'attività, tanto che non avrebbe potuto se non nelle ore perse prestarsi alle richieste del notaio Carpeggiani. Eliminato così il parallelismo di impieghi, accertato che un solo il Benedettelli ne avea, e assorbente, nello studio dell'avvocato, spiccava il carattere avventizio e la irrilevanza dei lavori che egli avrebbe dovuto prestare presso il notaio, e la insufficienza a giustificare la qualifica di amanuense, colla incapacità a questa inerente. Aggiungasi che la Corte di merito, a conferma del proprio convincimento e ad allontanare ogni possibile idea di subordinazione connaturale in un vero amanuense verso il principale ricorda che il notaio, quando gli occorreva di dover parlare col Benedettelli, non lo mandava a chiamare come si usa coi dipendenti, ma andava a conferire con lui nell'ufficio dell'avvocato Costantini.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 agosto 1907 n. 653

Baudana, *Pres.* — Cannas, *Est.*

Felice (avv. *C. Mapei*) contro Santilli (avvocato *G. D'Angelo*).

La moglie non ha bisogno dell'autorizzazione maritale per compiere gli atti contemplati nell'art. 134 Cod. civ. non solo quando il marito sia legalmente assente, ma anche quando sia lontano (ad es. emigrato in America), *purchè la lontananza sia perdurante, non momentanea e congiunta al bisogno di provvedere* (1).

(1-2) La dottrina e la giurisprudenza prevalgono nel senso esposto dal Collegio Supremo in questa perspicua decisione. Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Istituz. di dir. civ.*, vol. II, 209; GIORGI, *Teoria delle obbligaz.*, vol. III, 115; RICCI, *Corso di dir. civ.*, vol. I, parte seconda, n. 11; C. SPA-

***E' incensurabile l'apprezzamento del giudice di merito che ri iene nel singolo caso il concorso delle suddette condizioni, dalle quali resta giustificato l'atto compiuto dalla moglie senza l'autorizzazione del marito* (2).**

La Corte, ecc. — Non valgono a sorreggere la domanda di annullamento le due censure dedotte con unico mezzo, di errore di diritto (violazione degli art. 20, 134 e 135 Cod. civ.) e difetto di motivazione.

Il magistrato di merito ritenne che la Santa Spacone consentì validamente senza l'autorizzazione del marito, emigrato in America, la vendita del terreno in Capocroce.

Occorre premettere che, non su una pretesa inferiorità del sesso, ma sull'ordine della famiglia poggia l'istituto della autorizzazione maritale (e così quello della suppletiva autorizzazione giudiziale) regolato nel codice civile dagli art. 134 e seguenti; la donna, prima capace, non è certo colpita, contraendo matrimonio, da presunzione di incapacità naturale: la limitazione alla di lei indipendenza, in rapporto ad alcuni atti importanti di indole patrimoniale, è inspirata a considerazioni della pace ed armonia domestica, alla deferenza dovuta al capo della famiglia, interessato alla conservazione di quanto può occorrere a far fronte ai bisogni della società familiare. E appena le ragioni della limitazione vengono meno, la legge ha cura di ridare alla donna maritata la completa libertà di azione.

Tra i casi nei quali cessa la ragione dell'autorizzazione maritale. l'art. 135 cod. civ. indica al n. 1 l'assenza del marito.

Nel caso di assenza dichiarata (art. 22) o anche soltanto presunta (art. 20) niun dubbio sulla assoluta libertà della moglie nel campo contrattuale.

Sorse dubbio se tale libertà le competa quando nell'assenza non concorrano gli estremi degli or citati art. 20 e 22 Cod. civile. Giustamente prevale la, soluzione affermativa circoscritta però dai motivi che la consigliano entro confini ragionevoli.

L'art. 135 n. 1 parla di assenza, senza accenno alla restrizione del doppio significato tecnico (assenza dichiarata o presunta); lo stesso articolo, ridonando alla donna maritata la capacità che naturalmente non le fa difetto, comporta la interpretazione estensiva; ed è giusto che la moglie usi della sua capacità naturale sempre quando siavi urgenza e la lontananza tolga al marito di esercitare efficacemente la propria autorità.

Decidere nei singoli casi quando dell'assenza così intesa si verifichino i termini, rientra nell'apprezzamento del giudice di merito.

Certamente non varrebbe invocare una assenza momentanea, per sottrarsi capricciosamente all'ossequio dovuto al capo della famiglia.

Nella specie il Tribunale ritenne: « non potersi mettere in dubbio che la Spacone procedette alla vendita quando il di lei marito trovavasi nelle lontane Americhe ed in momento di necessità, mancandole i mezzi necessari al sostentamento suo e dei figli ».

Si ha così quell'assenza non momentanea, ma perdurante, che, congiunta all'urgenza del bisogno, giustifica nella moglie la piena disponibilità dei beni parafernali.

Sui termini di fatto pertanto, incensurabilmente ritenuti dai giudici del merito, ben fu applicata la norma di legge (art. 135, n. 1).

Nè può elevarsi a motivo di annullamento l'osservazione che gli stessi giudici quella norma meno esattamente formularono, attribuendole in astratto, col dire *assente* sinonimo di *non presente*, una larghezza pericolosa ed ingiusta.

E' risaputo che l'errore di diritto nella parte

LAZZI, in *Digesto italiano*, voce *Autorizzazione della donna maritata*, n. 83, e, ivi, nota 4-6; A. Torino 5 maggio 1890, *Giur. tor.* 1890, 516; A. Genova 20 ottobre 1899, *Temi gen.* 1899, 630; Cass. Torino 10 luglio 1905, *Giur. tor.* 1905, 1315; Pret. Moltalto Uffugo 27 novembre 1906. *Giur. tor.*, 1907, 29. Quest'ultima sentenza si riferisce proprio al caso identico, contemplato dalla decisione che commentiamo, e cioè al fatto della emigrazione del marito in America.

Contra: BORSARI, *Comm. al Cod. civ.*, sotto l'art. 135; BIANCHI, *Corso di dir. civ.*, II, n. 173-174; TENDI, *L'assenza del marito agli effetti dell'autorizzazione della moglie*, in *Rolandino*, 1906, 241; A. Genova, 22 marzo 1880, *Foro ital.* 1880, 1, 736.

Era già chiusa questa nota, quando ci è capitata sott'occhio una monografia di E. CABERLOTTO sull'assenza, monografia inserita nel *Digesto italiano* precisamente alla voce *Assenza*. I lettori ci saranno grati di averne fatto qui richiamo, perchè in detta monografia la questione, di cui stiamo occupandoci, è ampiamente ed acutamente trattata sotto i numeri da 38 a 46. Il CABERLOTTO è favorevole alla tesi liberale adottata prevalentemente dalla giurisprudenza.

razionale quando non siasi ripercosso (e nel caso concreto non si ripercosse) nella decisione adottata, non vale ad infirmare la decisione stessa.

Nè la sentenza impugnata appare inficiata di difetto di motivazione.

Essa vedeva, sia pure per le dichiarazioni della Spacone consacrate dal notaro nell'atto di vendita, che le circostanze di fatto erano indubbie, anche perchè ammesse dalla stessa sentenza del pretore; questi appunto pei pressanti bisogni di famiglia, cui il prezzo era destinato, aveva ritenuto e fatto salvo il diritto dell'acquirente a riavere il prezzo, e la sua decisione era stata accettata dai Pasquale, che non si erano gravati

Il Tribunale pertanto ottemperò sufficientemente all'obbligo della motivazione enunciando i propri apprezzamenti, le ragioni del proprio convincimento, in Cassazione incensurabili: non era tenuto a seguire le parti nei loro ragionamenti sul valore di un atto notorio e di un certificato del sindaco, i quali d'altronde, lungi dal contestare, confermavano che il marito della Spacone era da tempo, poco importa se costei annuì, emigrato in America.

Non sarà superfluo soggiungere che gli asseriti invii di sussidi e la frequenza (non sempre) con cui i figli stavano presso l'avola, e il vizio del bere della Spacone, non contraddicono alla lontananza stabile del marito, nè alla urgenza dei bisogni ritenuta dai giudici e che nulla fu dedotto contro la buona fede dell'acquirente; il quale di fronte alla perdurante lontananza doveva ragionevolmente ritenere incompatibile colle condizioni peculiari dell'assenza la necessità dell'autorizzazione del marito.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 agosto 1907 n. 655

Pagano *Pres.* — Cannas *Est.*

Banco di Sicilia (avv. *R. Bentivegna*) contro Sferruzza (avv. *A. Bruschettini* e *S. Monti Guarnieri*).

Il verbale di verificazione dei crediti (art. 763 cod. di comm.) *resta chiuso con l'ammissione dei crediti non contestati e con la determinazione di quelli contestati, nè può esso rimanere aperto fino alla istruzione e decisione su questi ultimi* (1).

La Corte *a Sezioni unite* ecc. — La tesi che, distinguendo la giurisdizione contenziosa dalle altre attribuzioni del giudice delegato, assegna alla prima una fisionomia propria e virtù operante anche dopo la chiusura del verbale della verificazione dei crediti, accolta dalla Corte di Messina, impugnata dal ricorrente Banco di Sicilia e censurata dalla Corte di Cassazione di Palermo, fu accolta alla sua volta dalla Corte di appello di Palermo in sede di rinvio.

La impugna di nuovo col secondo ricorso il Banco di Sicilia, e sorge così la competenza delle Sezioni unite, giusta l'art. 547 cod. procedura civile.

La impugnativa, però, non è fondata. La giurisdizione contenziosa ha natura e caratteristiche nettamente delineate: *jus dicere*, definire secondo legge un rapporto giuridico controverso.

Nè essa perde quelle caratteristiche allorchè la si esplica nelle contestazioni nascenti nella verificazione dei crediti.

In rapporto ai crediti contestati le funzioni giurisdizionali sono eccitate, ma non si esauriscono, o almeno possono non esaurirsi, nel verbale di chiusura della verificazione.

---

(1) La contraria sentenza 24 giugno 1905 della Cass. di Palermo è riportata dalla *Legge* 1905, 1799, dal *Foro sic.* 1905, 436, e dalla *Temi gen.*, 1905, 619.

Non conosciamo altri precedenti, nè di giurisprudenza, nè di dottrina.

Sui crediti contestati in materia di fallimento ricordiamo lo scritto di E. GATTI, in *Rivista univ. di giur. e dottr.*, anno 1905, IV, 226.

La Cass. Palermo 4 aprile 1907 (*Foro sic.* 1907, 303) stabilì la massima che i creditori ammessi definitivamente a stregua dell'art. 763 cod. comm. non hanno interesse, e quindi non debbono essere chiamati per integrazione, nel giudizio per contestazione di crediti di altre persone.

Circa il compito del giudice delegato nella verifica dei crediti si vegga pure l'A. Roma 19 luglio 1906, in questa nostra Raccolta, anno 1906, n. 360.

Sulla proroga del termine fissato per la chiusura del verbale ha scritto, brillantemente come sempre, il prof. SRAFFA, in *Riv. di dir. comm.* 1906, 1, 259, citando l'acuto BONELLI (*Comm. al cod. di comm.*, edito dal VALLARDI, n. 155), il prof. BOLAFFIO (*Comm. al cod. di comm.*, edito dalla Unione tip. editrice tor., n. 82), ecc. ecc.

Per le contestazioni riflettenti valori eccedenti le lire 1500, le parti sono, al chiudersi della verificazione, rimesse al tribunale a udienza fissa.

Analoga prescrizione si legge nell'art. 763 cod. comm., pei crediti non commerciali, non eccedenti le L. 1500 che contestati determinano o almeno determinavano il rinvio delle parti davanti il Pretore. Il giudice delegato decide sui crediti contestati rientranti nella sua competenza, ma non è detto che la statuizione debba senz'altro dirimere la contestazione; può bene ordinare dei mezzi istruttori, senza che, in attesa dell'esaurimento della istruzione disposta, possa, e tanto meno debba protrarsi la chiusura del verbale di verificazione. Anzi, poichè una volta sorta la contestazione è ragionevole che i contendenti abbiano tempo e modo di presentare le proprie difese e il giudice di ponderarle, è giusto che questi senza ritardare (nessun serio motivo consiglierebbe l'indugio) la chiusura del verbale, deliberi fissando, nell'atto della chiusura, una udienza per la discussione delle controversie di sua competenza.

Che le statuizioni del giudice delegato su tali controversie siano distinte dal verbale di chiusura, ben si evince dallo stesso art. 763, che fa salvo, avverso dette statuizioni, il diritto di appello; poichè niente autorizza a ritenere che, in pendenza dell'appello, restino paralizzati gli effetti del verbale di chiusura, sarebbe vana e senza scopo la subordinazione della chiusura della verifica alla contemporanea decisione del giudice delegato sulle controversie di sua competenza.

La verificazione dei crediti, esaurite le ammissioni, fissate le contestazioni reclamanti la decisione del magistrato, è compiuta.

Come tutte le liti, queste contestazioni possono talvolta richiedere lentezza di mezzi istruttori, la prova testimoniale, ad esempio, e offrire facile mezzo al mal talento di rendere necessarie procrastinazioni. Ora la legge (articoli 691 e 909) non tollera rilassatezze ed inattività nella verificazione dei crediti e nella chiusura del verbale relativo.

L'inattività contrasterebbe con la celerità desiderata nella procedura fallimentare e con le sollecitudini del legislatore, che intende si riduca al minimo ragionevolmente possibile il periodo in cui resta incerta e contestabile la data della cessazione dei pagamenti (alla quale tanti interessi si collegano) e limita la durata di tale periodo alla chiusura del verbale di verificazione dei crediti (art. 706).

Appunto perciò nell'art. 763, terzo e quarto capoverso, si legge che le contestazioni non rientranti nella competenza del giudice delegato vanno, senza ritardare la chiusura del verbale, rinviate al giudice competente. A consentire altrettanto per le cause rientranti nella detta competenza ricorre identica la ragione di disporre; si spiega che per queste, sorgendo esse davanti il giudice che deve deciderle, non si parli di rinvio; solo si fa obbligo (che per le altre è portato dall'art. 705) di deciderle con unica sentenza; la quale potrà essere, ma non è necessario sia, proferita alla chiusura del verbale di verifica. Imporre la chiusura del processo verbale prima che talune cause — comprese le più importanti — vengano decise, e vietarla se altre non siano decise contemporaneamente alla stessa chiusura, sarebbe incoerenza inesplicabile e strana.

A questi concetti si è ispirata la Corte di rinvio, la quale per tal modo non violò, ma rettamente applicò le norme disciplinanti la verificazione dei crediti (art. 758 e seguenti).

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 agosto 1907 n. 658

Pagano *Pres.* — Corbo *Est.*

Finanze (avv. erariale) contro Serra e Capurro (avv. *Santomartino* e *P. Fiamberti*).

L'eccezione d'incompetenza non si può più riproporre, quando trovi ostacolo nella cosa giudicata (1).

Appartiene esclusivamente alla competenza dei Tribunali ordinari il giudicare se gli atti emanati dal potere esecutivo rivestano i caratteri di legge per potersene chiedere l'applicazione (2).

La Corte a Sezioni unite ecc. — Nel luglio 1904 Giovanni Capurro comprava da G. B.

— (1) Ciò costituisce ormai *jus receptum*. Cfr. stessa Cass. Roma nella decisione 2 ottobre 1905, est. GIORDANI, in questa Raccolta, anno 1905, pag. 529, con nota. Da ultimo: Cass. Napoli, 31 dicembre 1906, *Riv. crit. di dir. e giur.* 1907, 2, 3.

Sulla cosa giudicata implicita per effetto di sentenza interlocutoria ammessiva d'incombenti vegganst le contraddittorie decisioni 19 marzo e

razionale quando non siasi ripercosso (e nel caso concreto non si ripercosse) nella decisione adottata, non vale ad infirmare la decisione stessa.

Nè la sentenza impugnata appare inficiata di difetto di motivazione.

Essa vedeva, sia pure per le dichiarazioni della Spacone consacrate dal notaro nell'atto di vendita, che le circostanze di fatto erano indubbie, anche perchè ammesse dalla stessa sentenza del pretore; questi appunto pei pressanti bisogni di famiglia, cui il prezzo era destinato, aveva ritenuto e fatto salvo il diritto dell'acquirente a riavere il prezzo, e la sua decisione era stata accettata dai Pasquale, che non si erano gravati

Il Tribunale pertanto ottemperò sufficientemente all'obbligo della motivazione enunciando i propri apprezzamenti, le ragioni del proprio convincimento, in Cassazione incensurabili: non era tenuto a seguire le parti nei loro ragionamenti sul valore di un atto notorio e di un certificato del sindaco, i quali d'altronde, lungi dal contestare, confermavano che il marito della Spacone era da tempo, poco importa se costei annuì, emigrato in America.

Non sarà superfluo soggiungere che gli asseriti invii di sussidi e la frequenza (non sempre) con cui i figli stavano presso l'avola, e il vizio del bere della Spacone, non contraddicono alla lontananza stabile del marito, nè alla urgenza dei bisogni ritenuta dai giudici e che nulla fu dedotto contro la buona fede dell'acquirente; il quale di fronte alla perdurante lontananza doveva ragionevolmente ritenere incompatibile colle condizioni peculiari dell'assenza la necessità dell'autorizzazione del marito.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 agosto 1907 n. 655

Pagano *Pres.* — Cannas *Est.*

Banco di Sicilia (avv. *R. Bentivegna*) contro Sferruzza (avv. *A. Bruschettini* e *S. Monti Guarnieri*).

Il verbale di verificazione dei crediti (art. 763 cod. di comm.) *resta chiuso con l'ammissione dei crediti non contestati e con la determinazione di quelli contestati, nè può esso rimanere aperto fino alla istruzione e decisione su questi ultimi* (1).

La Corte *a Sezioni unite* ecc. — La tesi che, distinguendo la giurisdizione contenziosa dalle altre attribuzioni del giudice delegato, assegna alla prima una fisionomia propria e virtù operante anche dopo la chiusura del verbale della verificazione dei crediti, accolta dalla Corte di Messina, impugnata dal ricorrente Banco di Sicilia e censurata dalla Corte di Cassazione di Palermo, fu accolta alla sua volta dalla Corte di appello di Palermo in sede di rinvio.

La impugna di nuovo col secondo ricorso il Banco di Sicilia, e sorge così la competenza delle Sezioni unite, giusta l'art. 547 cod. procedura civile.

La impugnativa, però, non è fondata. La giurisdizione contenziosa ha natura e caratteristiche nettamente delineate: *jus dicere*, definire secondo legge un rapporto giuridico controverso.

Nè essa perde quelle caratteristiche allorchè la si esplica nelle contestazioni nascenti nella verificazione dei crediti.

In rapporto ai crediti contestati le funzioni giurisdizionali sono eccitate, ma non si esauriscono, o almeno possono non esaurirsi, nel verbale di chiusura della verificazione.

(1) La contraria sentenza 24 giugno 1905 della Cass. di Palermo è riportata dalla *Legge* 1905, 1799, dal *Foro sic.* 1905, 436, e dalla *Temi gen.*, 1905, 619.

Non conosciamo altri precedenti, nè di giurisprudenza, nè di dottrina.

Sui crediti contestati in materia di fallimento ricordiamo lo scritto di E. GATTI, in *Rivista univ. di giur. e dottr.*, anno 1905, IV, 226.

La Cass. Palermo 4 aprile 1907 (*Foro sic.* 1907, 303) stabilì la massima che i creditori ammessi definitivamente a stregua dell'art. 763 cod. comm. non hanno interesse, e quindi non debbono essere chiamati per integrazione, nel giudizio per contestazione di crediti di altre persone.

Circa il compito del giudice delegato nella verifica dei crediti si vegga pure l'A. Roma 19 luglio 1906, in questa nostra Raccolta, anno 1906, n. 360.

Sulla proroga del termine fissato per la chiusura del verbale ha scritto, brillantemente come sempre, il prof. SRAFFA, in *Riv. di dir. comm.* 1906, I, 259, citando l'acuto BONELLI (*Comm. al cod. di comm.*, edito dal VALLARDI, n. 155), il prof. BOLAFFIO (*Comm. al cod. di comm.*, edito dalla Unione tip. editrice tor., n. 82), ecc. ecc.

Per le contestazioni riflettenti valori eccedenti le lire 1500, le parti sono, al chiudersi della verificazione, rimesse al tribunale a udienza fissa.

Analoga prescrizione si legge nell'art. 763 cod. comm., pei crediti non commerciali, non eccedenti le L. 1500 che contestati determinano o almeno determinavano il rinvio delle parti davanti il Pretore. Il giudice delegato decide sui crediti contestati rientranti nella sua competenza, ma non è detto che la statuizione debba senz'altro dirimere la contestazione; può bene ordinare dei mezzi istruttori, senza che, in attesa dell'esaurimento della istruzione disposta, possa ,e tanto meno debba protrarsi la chiusura del verbale di verificazione. Anzi, poichè una volta sorta la contestazione è ragionevole che i contendenti abbiano tempo e modo di presentare le proprie difese e il giudice di ponderarle, è giusto che questi senza ritardare (nessun serio motivo consiglierebbe l'indugio) la chiusura del verbale, deliberi fissando, nell'atto della chiusura, una udienza per la discussione delle controversie di sua competenza.

Che le statuizioni del giudice delegato su tali controversie siano distinte dal verbale di chiusura, ben si evince dallo stesso art. 763, che fa salvo, avverso dette statuizioni, il diritto di appello; poichè niente autorizza a ritenere che, in pendenza dell'appello, restino paralizzati gli effetti del verbale di chiusura, sarebbe vana e senza scopo la subordinazione della chiusura della verifica alla contemporanea decisione del giudice delegato sulle controversie di sua competenza.

La verificazione dei crediti, esaurite le ammissioni, fissate le contestazioni reclamanti la decisione del magistrato, è compiuta.

Come tutte le liti, queste contestazioni possono talvolta richiedere lentezza di mezzi istruttori, la prova testimoniale, ad esempio, e offrire facile mezzo al mal talento di rendere necessarie procrastinazioni. Ora la legge (articoli 691 e 909) non tollera rilassatezze ed inattività nella verificazione dei crediti e nella chiusura del verbale relativo.

L'inattività contrasterebbe con la celerità desiderata nella procedura fallimentare e con le sollecitudini del legislatore, che intende si riduca al minimo ragionevolmente possibile il periodo in cui resta incerta e contestabile la data della cessazione dei pagamenti (alla quale tanti interessi si collegano) e limita la durata di tale periodo alla chiusura del verbale di verificazione dei crediti (art. 706).

Appunto perciò nell'art. 763, terzo e quarto capoverso, si legge che le contestazioni non rientranti nella competenza del giudice delegato vanno, senza ritardare la chiusura del verbale, rinviate al giudice competente. A consentire altrettanto per le cause rientranti nella detta competenza ricorre identica la ragione di disporre; si spiega che per queste, sorgendo esse davanti il giudice che deve deciderle, non si parli di rinvio; solo si fa obbligo (che per le altre è portato dall'art. 705) di deciderle con unica sentenza; la quale potrà essere, ma non è necessario sia, proferita alla chiusura del verbale di verifica. Imporre la chiusura del processo verbale prima che talune cause — comprese le più importanti — vengano decise, e vietarla se altre non siano decise contemporaneamente alla stessa chiusura, sarebbe incoerenza inesplicabile e strana.

A questi concetti si è ispirata la Corte di rinvio, la quale per tal modo non violò, ma rettamente applicò le norme disciplinanti la verificazione dei crediti (art. 758 e seguenti).

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 agosto 1907 n. 658

Pagano *Pres.* — Corbo *Est.*

Finanze (avv. erariale) contro Serra e Capurro (avv. *Santomartino* e *P. Fiamberti*).

L'eccezione d'incompetenza non si può più riproporre, quando trovi ostacolo nella cosa giudicata (1).

Appartiene esclusivamente alla competenza dei Tribunali ordinari il giudicare se gli atti emanati dal potere esecutivo rivestano i caratteri di legge per potersene chiedere l'applicazione (2).

La Corte a Sezioni unite ecc. — Nel luglio 1904 Giovanni Capurro comprava da G. B.

— (1) Ciò costituisce ormai *jus receptum*. Cfr. stessa Cass. Roma nella decisione 2 ottobre 1905, est. GIORDANI, in questa Raccolta, anno 1905, pag. 529, con nota. Da ultimo: Cass. Napoli, 31 dicembre 1906, *Riv. crit. di dir. e giur.* 1907, 2, 3.

Sulla cosa giudicata implicita per effetto di sentenza interlocutoria ammessiva d'incombenti veggansi le contraddittorie decisioni 19 marzo e

Serra 150 ettolitri di vino dolce da consegnarsi nel marzo 1905 al prezzo di lire 32 per ettolitro, dazio compreso; che giunto il vino in Genova sul piroscafo *Entella*, il Serra offrì la partita venduta, ma reclamò il pagamento di lire 12.24 in più per ettolitro, in quanto che la dogana pretendeva un dazio d'importazione di lire 24.24 per ettolitro; che il Capurro ritenendo illegale cotesta pretesa, citò davanti il Tribunale di Genova il Serra, per sentirsi condannare a consegnare la suddetta partita di vino contro il pagamento del prezzo pattuito di lire 32 per ettolitro, compreso il dazio doganale. Il Serra alla sua volta chiamò in causa il Ministero delle Finanze per sentirsi dichiarare che il prezzo sul vino in disputa doveva limitarsi a lire 12 l'ettolitro, e per sentirsi condannare a rilevarlo e garantirlo dalle conseguenze delle istanze del Capurro.

All'udienza l'Amministrazione delle finanze chiese di essere assolta nella domanda di rilievo, di dichiararsi in ogni modo regolarmente liquidato, a norma dell'art. 2 del decreto ministeriale 29 settembre 1904, il dazio doganale sulla partita di vino greco, oggetto della controversia; e in ogni caso di dichiararsi l'incompetenza dell'autorità giudiziaria a risolvere la questione sulla validità ed efficacia del detto decreto.

Avendo il Tribunale respinta l'eccezione di incompetenza e accolte le istanze del Capurro e del Serra, l'Amministrazione delle finanze se ne appellò, ma non ripropose l'eccezione d'incompetenza. La Corte d'appello di Genova respinse il gravame ritenendo inapplicabile il menzionato decreto ministeriale per mancanza di potere in chi lo aveva emanato.

Avverso tale decisione l'Amministrazione delle Finanze ricorre a queste Sezioni unite ed eccepisce l'incompetenza dell'autorità giudiziaria perchè nella specie, trattandosi non di eccesso, ma di mal uso del mandato legislativo, il solo potere competente a giudicare di questo mal uso è il Parlamento.

Attesochè sia stato dedotto dai resistenti, che l'Amministrazione ricorrente, non avendo impugnato la sentenza del tribunale che aveva respinto l'eccezione d'incompetenza dell'autorità giudiziaria, non poteva più proporre in questa sede la questione d'incompetenza, essendovi l'ostacolo della cosa giudicata.

Ma anche a prescindere dal giudicato, la dedotta eccezione d'incompetenza giudiziaria dovrebbe essere ad ogni modo respinta; poichè se l'autorità giudiziaria è chiamata ad interpretare ed applicare le leggi, ciò necessariamente importa ch'essa debba avere il potere di accertare se la legge, di cui si chiede l'applicazione, abbia tutti quei caratteri costituzionali, che la rendono obbligatoria. E nella specie si trattava appunto di vedere se il Governo, essendo stato autorizzato dalla legge 24 dicembre 1903 a prendere in materia di tariffa doganale, con decreto reale da convertirsi in legge, tutti gli opportuni provvedimenti, avesse ecceduto il mandato col delegare cotesto potere al Ministero delle finanze, il quale effettivamente provvide a tale bisogno con decreto ministeriale del 27 settembre 1905.

Nè si dica che di cotesta mala esecuzione del mandato legislativo era solo competente a giudicare il Parlamento; poichè nella fattispecie non si trattava di discutere della responsabilità politica in cui fosse incorso il Governo per la mala esecuzione del mandato che gli era stato deferito dalla legge, ma di esaminare soltanto se, essendovi stato eccesso di potere con la subdelegazione fatta al Ministero delle finanze, avesse potuto avere forza di legge il relativo decreto ministeriale.

Il che era certamente devoluto alla cognizione dei Tribunali ordinari, poichè appartiene esclusivamente alla loro competenza il giudicare se gli atti emanati dal potere esecutivo rivestono i caratteri di legge, per potersene chiedere l'applicazione.

Per tali motivi, ecc., ecc.

---

20 aprile 1907, emanate *a distanza di appena un mese l'una dall'altra* dalla Corte di cassazione di Torino (*Giur. tor*. 1907, 497 e 625).

— (2) La controversia, che del resto è di ovvia risoluzione, viene accennata dal prof. MORTARA, *Comm. del cod. e delle leggi di proc. civ.*, vol. I, n. 84 e seg., della 3.a edizione. Per casi analoghi si consultino: Trib. civ. Milano 7 luglio 1900 e stessa Cass. Roma 14 giugno 1901, *Giur. ital.* 1901, 1, 2, 42, in nota, e *Giust. amm*. 1901, 84.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 agosto 1907, n. 678

Basile *Pres.* — Niutta *Est.*

Istituto internazionale di Agricoltura, Amministrazione dello Stato e Comune di Roma (avv. *V. Riccio, B. Chimirri, Maniscalco, I. Siliotti*) contro Lodi e Valentini (avvocati *R. Mucci* e *S. Aureli*).

Per potersi denunziare un'opera nuova agli effetti dell'art. 698 cod. civile, non basta la possibilità di un diritto del denunziante che venga in qualsiasi modo offeso dall'opera incominciata, ma è necessario avere realmente il possesso di un immobile, di un diritto reale o di altro oggetto, quale è definito nell'art. 685 cod. stesso, non bastando il qualunque possesso di cui parla il successivo art. 695 per l'esperimento dell'azione di spoglio (1).

Il diritto di passeggio entro la villa Borghese di Roma non riveste i caratteri di servitù civica, ma va piuttosto ritenuto un uso pubblico, cosicchè manca addirittura la possibilità di un diritto reale e di una ragione dominicale il cui possesso risegga nelle persone singole dei cittadini, dovendosi ritenere, invece, che il possesso l'abbia il Comune, cui solo spetta di tutelarlo (2).

Da ciò discende che i singoli cittadini romani non possono denunciare le nuove opere che alterino lo stato di fatto di villa Borghese, e bene il giudice davanti a cui è portata la denunzia li dichiara carenti di azione (3).

Quando si gode un uso pubblico di passeggio sopra una villa privata, può il proprietario di questa far nella villa qualche edificazione o innovazione in virtù del suo diritto di proprietà, e può sempre cotesta opera nuova denunciarsi utilmente? (non risoluta) (4).

La Corte ecc. — Considera che con legge 20 dicembre 1901 il Governo del Re fu autorizzato ad acquistare la nota Villa Borghese per cederla gratuitamente al Comune di Roma, a condizione di doverla questo destinare a pubblico giardino riunendola alla contigua villa del Pincio;

Che per la stessa legge lo Stato aveva facoltà di ritenere tanta parte del terreno della Villa quanta ne occorresse per la costruzione d'un edifizio ad uso di scuola d'agricoltura;

Che, acquistata la Villa, il Governo la cedette al Comune con atto del 15 luglio 1903, col quale fu stabilito che lo Stato rinunziava alla riserva dell'area per la costruzione di detto edificio e riteneva invece a sua disposizione 50,000 m. q. di terreno per edificarvi uno o più stabilimenti da destinarsi a collezioni artistiche e storiche;

Che, in seguito ad iniziativa presa da S. M. il Re di fondare in Roma un Istituto internazionale di agricoltura, si venne nel divisamento di costruire entro il recinto di Villa Borghese il palazzo che doveva accogliere

---

(1-4) Questa decisione annulla l'altra 5 giugno 1907 del Trib. civ. Roma, est. BAVIERA, da noi lodata (in questa Raccolta, anno corrente, pag. 330), ed accede, così, all'avviso già espresso nella medesima causa dalla sentenza 19 dicembre 1906 della Pretura del III Mandamento di Roma, est. RANDACCIO (*id.* 1907, 42).

La decisione del Tribunale era animata da un elevato e geniale soffio di dottrina. Essa conteneva profondi concetti non tanto sul carattere dell'azione di denuncia di nuova opera, quanto sulla relazione che intercede fra servitù civiche od usi civici e diritti di uso pubbblico.

Il Supremo Collegio non ha creduto fosse necessario d'indagare nella specie la natura e la portata giuridica della *nunciazione*, cosicchè ignoriamo se, pel Supremo Collegio, la nunciazione sia da assimilare ai rimedi possessori od abbia indole diversa.

Il fatto, però, che il Supremo Collegio è entrato nel *merito* della controversia lascia sospettare che egli non accomuni affatto la denunzia di nuova opera con le azioni possessorie, nè consideri il relativo giudizio in modo distinto dagli altri ordinari giudizi.

Sul requisito del possesso a favore del denunziante la Corte ha perseverato nella sua vecchia opinione, cioè che non basti un possesso qualunque, come per l'azione di spoglio, ma occorra il vero possesso, quale è definito nell'art. 685 Cod. civile. Cfr. in proposito la decisione 17 luglio 1890, in *Foro ital.* 1890, 1, 911, a cui si conformò subito dopo l'A. Firenze 5 agosto 1890 (*Annali*, 1890, 3, 344).

In merito alla differenza tra usi civici e diritti di uso pubblico il Supremo Collegio ha seguito l'insegnamento di M. D'AMELIO (in *Digesto italiano*, voce *Servitù pubbliche*, parte I), secondo cui (*ivi*, n. 3) gli usi civici differiscono dai diritti di uso pubblico: *a*) perchè i primi sono diritti di proprietà, *jura in re propria*; i secondi, *jura in re aliena*; *b*) i primi possono es-

cotesto Istituto; ed all'uopo fu stipulata ai 28 luglio 1906 una convenzione tra il Governo ed il Municipio di Roma, con la quale venne assegnata per la costruzione del nuovo edificio un'area di m. q. 7500 nel sito ove sorge l'altipiano a nord del viale d'ingresso dalla parte del Popolo, convenendosi che la detta quantità di terreno sarebbe stata imputata nei 50,000 metri quadrati che lo Stato si era riservati con l'atto di cessione del 1903;

Che una Commissione veniva costituita con decreto reale per rappresentare l'ente in cui dovevasi incarnare l'Istituto internazionale di agricoltura e questa Commissione appaltò i lavori di costruzione del palazzo alla ditta Domenico Vitali, che tosto pose mano all'opera abbattendo nel luogo designato parte dei pini ivi esistenti;

Che i signori Saverio Valentini e Carlo Lodi si avvisarono di denunziare l'intrapresa nuova opera al pretore del III mandamento ed assumendo la qualità di cittadini romani e di possessori *uti singuli* e *uti cives* di un diritto di godimento sulla intera area di Villa Borghese affermarono che la costruzione del nuovo edificio restringeva lo spazio destinato al passeggio dei cittadini e deformava l'architettura della Villa: sicchè chiesero che fosse ordinata la sospensione dell'opera, salvo a rimettersi le parti innanzi al magistrato competente per il giudizio di merito;

Che contestatasi la lite in contraddittorio della Commissione reale e dell'Amministrazione dello Stato, nonchè del Municipio di Roma, il pretore, accogliendo la eccezione proposta da tutte queste parti, dichiarò carenti di azione gl'istanti Lodi e Valentini per denunziare l'opera nuova, dappoichè ritenne di non avere l'uso pubblico del passeggio in Villa Borghese il carattere di uno di quegli usi civici che possono dar diritto ai singoli d'intentare azioni individuali a difesa d'interessi collettivi;

Che appellarono i soccombenti, e il Tribunale di Roma con sentenza del 13 maggio 1907, andando in opposto avviso, accolse la domanda e vietò la continuazione dei lavori, previa una cauzione di L. 5000, e rimise le parti innanzi allo stesso Tribunale per l'esperimento del giudizio di merito; *

Che avverso cotesta sentenza hanno proposto tre distinti ricorsi la Commissione reale dell'Istituto internazionale di agricoltura, la Amministrazione dello Stato e il Municipio di Roma sostenendo sotto molteplici aspetti di avere il Tribunale violato gli articoli del Cod. civile e del Cod proc. civ., relativi all'azione di denunzia di nuova opera, nonchè le disposizioni di legge ed i principî di diritto che andavano applicati all'argomento della causa ed alle sollevate questioni, cadendo eziandio nel difetto di motivazione;

Che, entrando in un esame complessivo dei proposti ricorsi, egli è da premettere che il Tribunale ha posto come base della sua decisione queste proposizioni: di bastare per potersi denunziare la nuova opera un qualunque possesso di fatto e la possibilità d'un di-

---

sere originari, in forza delle primitive collettività; i secondi, sono sempre acquisiti; *c*) dei primi ne godono solo i naturali di un Comune: degli altri le generalità dei cittadini; *d*) gli usi civici son essenziali alla vita dei cittadini, *ne vitam inertem ducerent*; i diritti di uso pubblico riferisconsi per lo più ad un godimento o diletto; *e*) gli usi civici fanno partecipare i cittadini ai prodotti del fondo in cui si esercitano; i diritti d'uso pubblico consistono nell'uso del fondo senza alcuna partecipazione ai frutti; *f*) i primi sono inalienabili e imprescrittibili, *nec per regem tolli potest* (Marino Freccia); gli altri possono essere alienati e vanno soggetti a prescrizione; *g*) i primi si esercitano *uti cives et singuli*; gli altri *uti universi*.

* Abbiamo voluto ricordare il D'AMELIO perchè gli studiosi comprendano meglio la controversia risoluta dal Supremo Collegio e perchè lo consultino, tenendo presenti anche gli scrittori ai quali egli si richiama: la materia è molto complessa e delicata, e non crediamo che nè il D'AMELIO, nè altri ancora abbia detto l'ultima parola al riguardo.

Non possiamo infine esimerci dal ricordare lo scritto di L. GRANATA, *L'azione individuale in difesa del diritto di uso pubblico* (*Riforma giur.* 1907, 289, e *Riv. univ. di giur. e dottr.* 1907, 1, 572). E' una vibrata critica della sentenza che commentiamo, e proprio in rapporto all'azione *uti singuli* dei cittadini di Roma, che la sentenza ha negato. Il GRANATA, invece, dichiara che i signori Lodi e Valentini avevano torto nell'intrinseco della nunciazione, inquantochè, se una piccola zona di mq. 7500 fu destinata per erigere in Villa Borghese un Istituto internazionale di agricoltura, il pubblico di nulla venne defraudato sia in rapporto alla parte sottratta all'*usus deambulandi*, sia per la destinazione di quella piccolissima zona, la quale serviva sempre al pubblico, e forse più proficuamente.

ritto del denunziante che venga in qualsiasi maniera ad essere offeso dall'opera incominciata, non essendo lecito nella sede di tale giudizio prendere una cognizione plenaria delle ragioni rispettive delle parti per giungere alla conclusione, a cui pervenne il pretore, di essere gli istanti carenti di azione;

Che movendo da cotesti concetti il Tribunale ha osservato, di essere i signori Valentini e Lodi come cittadini romani nel possesso del diritto di passeggio in Villa Borghese e che un tal diritto non potevasi, ne' limiti consentiti all'indagine della natura del presente giudizio, considerare come un uso pubblico su beni demaniali, giacchè esso preesisteva all'acquisto fatto dallo Stato di detta Villa ed alla cessione poscia avvenutane in favore del Comune di Roma — che nella nota vertenza, agitatasi nel 1885 tra il Municipio e gli eredi Borghese, furono questi ultimi tenuti a reintegrare la popolazione nel possesso del diritto di passeggio nella Villa, in modo da risultare in favore dei singoli cittadini una servitù pubblica su beni di proprietà privata — che non potendo il carattere di siffatta servitù essere stato pregiudicato dai successivi passaggi di proprietà per cui la Villa venne in ultimo in potere del Comune, e non essendo d'altra parte incompatibile anche sui beni di demanio comunale un diritto civico esercitato dai cittadini *uti singuli*, conseguiva da tutto ciò che, salvo il giudizio definitivo in sede competente, i signori Lodi e Valentini non potessero reputarsi carenti di azione per denunziare l'opera intrapresa nella Villa;

Che la prima considerazione da fare nelle accennate proposizioni della impugnata sentenza si è che la ricerca fatta dal Tribunale sulla possibilità d'un diritto che avessero gli attori, e sul probabile riconoscimento di esso nel successivo giudizio di cognizione, tornava del tutto estranea alla indole dell'azione proposta; e il Tribunale entrando in un tale esame per quanto abbia dichiarato di volerlo fare entro i limiti di una indagine sommaria, è incorso appunto in quell'errore che ha creduto rimproverare alla sentenza del pretore.

Che per l'art. 698 Cod. civ. non già la possibilità di un diritto, ma il possesso che taluno abbia d'un immobile, d'un diritto reale o di altro oggetto può dar ragione di denunziare l'opera nuova da altri intrapresa, all'effetto di ottenerne la sospensione per evitare il danno che all'immobile, al diritto reale e all'oggetto che il denunziatore possegga, sia per derivare da quella;

Che occorreva quindi in primo luogo stabilire se gli attori fossero realmente possessori della cosa di cui intendevano ottenere la protezione mediante la denunzia dell'opera nuova ed accertare in secondo luogo quale fosse questa cosa di cui si affermavano possessori;

Che siccome era fuori questione di non potersi riferire il vantato possesso all'immobile, cioè al terreno stesso della Villa, così, per rimanere nelle ipotesi contemplate nell'articolo 698, non restava che un diritto reale di cui gl'istanti si potessero dire possessori nella detta Villa;

Che cotesto diritto altro non poteva essere se non il diritto di passeggio a scopo di diporto ed a quel modo che era dato di esercitarlo indistintamente a tutti coloro che dimorassero in Roma, cittadini nazionali o stranieri;

Che ora, per potersi dire che il possesso di un diritto simile desse luogo ad azioni che fosse lecito ad ogni singolo di sperimentare, egli era mestieri dimostrare di racchiudere il diritto stesso una utilità patrimoniale anche individuale che ciascun utente avesse legittimo interesse di far valere per proprio conto, siccome accade negli usi civici su fondi demaniali o privati, i quali, pur costituendo un diritto della collettività, rappresentano per ciascuno che li esercita una parte di comune patrimonio il cui godimento gli spetta in ragione dei propri bisogni;

Che ciò era impossibile affermare per il diritto di passeggio nella Villa Borghese, non potendosi da un lato ravvisare in esso un interesse economico e patrimoniale, e non potendosi dall'altro lato considerare come subbietto del diritto i singoli utenti come tali, bensì tutti coloro che dimorano in Roma in quanto formano parte della generalità degli abitanti a cui vantaggio sta aperta la Villa;

Che nelle servitù civiche propriamente dette la ragione che le ha fatte nascere sta nel bisogno che ha ogni singolo appartenente ad una data comunità di provvedere insieme a tutti gli altri a certe esigenze indispensabili della vita mediante gli usi di far legna, pascere, seminare e via via, ma nell'uso di un pubblico passeggio o in altre simili facoltà stabilite nel generale vantaggio in luoghi pubblici o privati, non già l'interesse personale degli individui isolatamente considerati, ben-

sì la utilità e il diletto dell'intera accolta dei cittadini e della gente dimorante nel luogo può rendere ragione del nascimento e della costituzione dell'uso;

Che per questa seconda specie di usi manca addirittura la possibilità di un diritto reale e di una ragione dominicale il cui possesso risegga nelle persone singole, onde vien meno la prima condizione richiesta per la denunzia della nuova opera, cioè la condizione del possesso, il quale non può rinvenirsi se non nella universalità dei cittadini e per essa nel pubblico ente che la rappresenta e che è l'organo naturale e legittimo d'ogni azione che miri alla tutela di ciò che è stato costituito per la pubblica utilità;

Che un simile principio riguardo al diritto di passeggio in Villa Borghese era per fermo applicabile fin da quando essa apparteneva ai suoi antichi proprietari, e il Tribunale accennando, per dare una delle ragioni del suo giudizio, ad un atto di liberalità onde i Borghese aprirono al popolo la loro villa senza alcun intervento o ingerimento di pubbliche autorità, non ha avvertito che con quell'atto non si potè in alcun modo intendere di avvantaggiare le singole persone dimoranti in Roma, bensì tutta la cittadinanza e l'universalità degli abitanti, considerata come un ente collettivo in cui favore veniva a costituirsi sulla proprietà privata una servitù che potevasi dire di pubblica utilità;

Che a conferma di ciò sta la considerazione che, fino a quando la Villa rimase in possesso dei principi Borghese, un'azione qualsiasi di singole persone per farla riaprire al pubblico, ove i proprietari l'avessero chiusa, non sarebbe stata neppur concepibile; imperocchè non potendo i singoli agire se non nell'interesse proprio e non in nome della collettività, una azione diretta a far ripristinare l'accesso alla Villa in favore di una o più persone o di un dato numero di istanti, rimanendone esclusa la generalità degli abitanti di Roma, non avrebbe potuto trovare ingresso per mancanza d'un soggetto idoneo a proporla;

Che in effetti, quando nel 1883 i Borghese si avvisarono di non più permettere l'entrata nella loro Villa, occorse che sorgesse il Comune come organo e rappresentante legale degl'interessi collettivi della cittadinanza e della popolazione di Roma, per rivendicare alla medesima il possesso di quella pubblica servitù o di quel pubblico godimento che essa aveva su di una privata proprietà;

Che coteste considerazioni valgono a dimostrare come a torto il Tribunale abbia tratto argomento, per ammettere la presente azione di denunzia, da quel che, a suo avviso, poteva essere il preesistente diritto della popolazione di Roma sulla Villa Borghese, quasi che una azione consimile avesse potuto essere allora intentata anche da singole persone nel particolare loro interesse a tutela del possesso che ciascuno avesse di un diritto reale sulla Villa, e come se i proprietari della medesima dovessero riconoscere la servitù non già come un vincolo in favore della cittadinanza e della generalità degli abitanti ma come un onere stabilito in pro di ogni singola persona, col conseguente diritto di farlo valere in giudizio in forza di un titolo proprio e personale;

Che, se questo possesso d'un diritto reale sulla Villa per parte dei singoli era del tutto da escludere anche nel tempo in cui essa era una proprietà privata, non può in alcuna guisa trovare luogo ora che, essendo quella diventata un demanio comunale perchè destinata al pubblico passeggio, non vi ha azione petitoria o possessoria che possa venire intentata dai singoli utenti, riguardo a tutto ciò che attiene al modo ed allo esercizio dell'uso massime se essa azione venga diretta contro un atto del medesimo ente che è diventato proprietario dell'immobile ed unico moderatore del pubblico uso su di esso;

Che non può essere accolto il principio enunciato dal Tribunale di bastare per la denunzia di opera nuova un possesso qualunque per dedurre che, godendo gli attori l'uso d'accesso e di passeggio nella Villa, non altro si richiedesse come condizione subbiettiva per poter intentare la detta azione;

Che un possesso, qualunque esso sia, è condizione sufficiente per l'esperimento dell'azione di reintegranda di cui è parola nell'articolo 695 del Cod. civile, ma il possesso che debbesi avere d'un immobile, d'un diritto reale o di altro oggetto per poter proporre la denunzia dell'opera nuova non può essere che il possesso nel senso definito della stessa legge nell'art. 685, mancando per la detta altra azione la ragione d'un superiore sociale interesse che per le azioni di spoglio ha fatto considerare meritevole della protezione della legge un possesso qualunque esso sia, siccome viene espressamente dichiarato nell'art. 695;

Che, d'altra parte, neppure quel qualunque possesso che secondo il Tribunale varrebbe a legittimare l'azione di denunzia potevasi ri-

tenere che concorresse nella specie imperocchè il fatto di potere non solo i singoli cittadini di Roma, ma tutti coloro che accidentalmente dimorano in questa città accedere alla Villa e goderne il passeggio, non costituiva al certo nè quelli nè questi nel possesso neanche momentaneo di un diritto reale sulla detta Villa, appartenendo, giusta quanto di sopra si è osservato, così il diritto come il possesso del diritto alla universalità degli abitanti, la quale non può avere per la tutela delle sue ragioni altra rappresentanza che quella del Municipio, attesa la mancanza di ogni elemento di diritto patrimoniale individuale nella pubblica servitù di cui si tratta;

Che le cose fin qui osservate bastano già a dimostrare il buon fondamento dei proposti gravami; senonchè occorre eziandio rilevare come il Tribunale abbia del tutto omessa una indagine la quale, nel medesimo ordine di concetti da esso accolti, rendevasi indispensabile per la completa trattazione della causa;

Che i signori Lodi e Valentini avevano posto come titolo che conferisce loro il diritto di agire, la qualità, che essi affermavano di avere, di possessori ed utenti del diritto di passeggio in Villa Borghese ed avevano denunziata la intrapresa costruzione del nuovo edifizio come un fatto da cui era per derivar danno all'accennato diritto;

Che siccome intanto altro diritto non potevano essi pretendere di possedere se non quello di entrare nella Villa e passeggiare per i suoi viali soffermandosi a loro bell'agio, così conveniva che dimostrassero di poter trovare impedimento e l'accesso e il passeggio nella nuova opera che andavasi costruendo;

Che questo però non potettero essi affermare, ma sostennero che il possibile danno consisteva da un lato nella minacciata sottrazione al pubblico passeggio d'uno spazio di m.q. 7500, e dall'altro lato nell'ingiuria che la nuova opera era per arrecare all'armonia del paesaggio ed alle linee architettoniche della intera Villa;

Che ora il Tribunale, tostochè credeva ammissibile l'azione, aveva pur obbligo di verificare se l'annunziato danno fosse in correlazione col diritto che gli attori affermavano di possedere, se cioè un possibile nocumento fosse quel diritto per ricevere dall'opera nuova secondo la estensione e la portata che i medesimi attori ad esso assegnavano;

Che però, se il diritto civico d'accedere e passeggiare nella Villa nessuno impedimento veniva ad incontrare per la costruzione del nuovo palazzo, non sarebbe bastato a legittimare la denunzia della opera nuova il possesso dell'accennato diritto, ma bisognava ancora dimostrare di essere il possesso medesimo così esteso ed illimitato da dar ragione a pretendere che nessuna parte anche minima della vastissima area della Villa fosse sottratta all'uso del pubblico passeggio;

Che il Tribunale, pure riponendo il principale fondamento del suo giudizio nel secolare possesso che i cittadini di Roma ebbero sempre del diritto di accedere alla Villa Borghese, ha trascurato di esaminare quella che era la vera questione a cui dal lato delle condizioni obbiettive dava luogo la proposta azione di denunzia, se cioè il riconosciuto possesso fosse poi di tal natura da non essere più lecito anche agli antichi proprietari di fare nella loro Villa qualche edificazione o qualche innovazione che, lasciando sempre libera la popolazione di entrarvi e di percorrerne i molti estesi viali, fosse non altro che una manifestazione dei loro diritti di proprietà e di possesso di cui non potevasi al certo sostenere che fossero rimasti spogliati a malgrado della pubblica servitù che erano tenuti di riconoscere;

Che quanto all'asserita alterazione del paesaggio ed alle disarmonie estetiche che la nuova costruzione era per produrre la denunzia di nuova opera intesa ad impedire cotesti effetti non poteva trovare alcun fondamento nell'allegato possesso del diritto di passeggio nella Villa, non vedendosi come in base d'un simile possesso i singoli utenti potessero arrogarsi il diritto di far valere per le vie giudiziarie i loro personali criteri sul detto argomento, anche quando fossero avvalorati, come afferma la sentenza, da suffragi autorevoli di persone competenti;

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 settembre 1907 n. 680

Basile *Pres.* — Spirito *Est.*

Fontana ed altri (avv. *L. Corazza*) contro Ricci (avv. *A. Orlandi*).

In giudizio cambiario la sentenza di condanna al pagamento, pronunziata alla stregua del capoverso dell'art. 324 cod. comm., costituisce un pronunciato definitivo che conserva tutta la sua efficacia e non va soggetto a perenzione, nonostante che possa perimersi nell'altra parte che concerne i mezzi istruttori che siano eventualmente ammessi su istanza del debitore in base alla disposizione del capoverso medesimo (1).

La Corte ecc. — Osserva in diritto che i due mezzi del ricorso si fondano nel determinare, per un verso, l'intelligenza da attribuire all'art. 341 Cod. proc. civ., e nel definire per l'altro l'indole della sentenza del Pretore 17 dicembre 1904, che ha fornito materia alla contestazione.

Che per l'incorsa perenzione permangono impregiudicati gli effetti delle sentenze non definitive emesse in corso di causa, è tale postulato che non consente dubbiezze di sorta dinanzi al formale disposto del menzionato articolo. Ma ciò stesso include, per necessario supposto, che, salvo i loro effetti giuridici, le sentenze medesime siano colpite dalla perenzione e poste nel nulla come atti procedurali. Ed in effetti, dopo aver l'indicata disposizione

(1) Perchè meglio si afferri la portata della controversia, giova qui trascrivere *il fatto*, quale risulta dalla stessa decisione del Collegio Supremo.

«Con sentenza del dicembre 1904 il Pretore del primo Mandamento di Bologna condannava Attilio Baroni ed Enrico Fontana, per debito cambiario, al pagamento di lire 500 in favore della signora Ricci Medea, previa cauzione di lire 100, ammettendo contemporaneamente un interrogatorio e la prova testimoniale richiesta dai convenuti. Tale sentenza fu dalla Ricci notificata solo il 12 marzo 1906, e nella udienza del successivo giorno 21, avendo l'istante dichiarato di essere pronta a prestare il deferitole interrogatorio, le venne eccepita la perenzione, *tanto relativamente alla condanna, quanto ai disposti mezzi istruttori*, con dimanda di compensazione delle spese fino allora sostenute rispettivamente, e condanna della Ricci nelle posteriori. — Con pronunciato dello stesso anno il Pretore, ritenuto che pel disposto dell'art. 341 in caso di sentenza interlocutoria, come quella in contestazione, ciò che rimane colpito dalla perenzione è la procedura, non il giudicato, e che quindi gli effetti di questo permangono ad onta della incorsa perenzione, dichiarava verificata la perenzione medesima, mantenendo fermi gli effetti della sentenza 17 dicembre 1904. E poichè tra le parti mutua era la soccombenza, perchè, se la Ricci erasi opposta alla dichiarazione di perenzione, i convenuti avevano sostenuto che la perenzione avesse colpito la intera sentenza nei suoi giuridici effetti, dichiarava fra loro compensate le spese tutte del giudizio. — Appellarono i convenuti contro il giudicato del pretore, circa gli effetti della perenzione, chiedendo di conseguenza che, riformata per cotesto rispetto la sentenza impugnata, per cui veniva a mancare il motivo della compensazione, fosse la creditrice condannata nelle spese dell attuale giudizio. Ma il tribunale di Bologna confermò, invece, con sentenza 17-31 dicembre 1906 quella del primo giudice, ponendo a carico degli appellanti le spese del relativo giudizio. Osservò il Collegio, dopo di aver rilevato che oggetto unico del gravame fosse la negata condanna della Ricci nelle spese posteriori, che le parti erano di accordo nel ritenere la natura interlocutoria della sentenza 17 dicembre 1904, anche per il capo relativo alla condanna, e che nulla vi fosse da ridire in contrario per proprio conto, tosto che non vi fu condanna definitiva, previa cognizione delle mutue ragioni dei contendenti in merito, nè possibile quindi l'*actio judicati*. Discussero, invece, circa alle conseguenze della perenzione. E su cotesto punto, aggiunge il tribunale, non si può che plaudire al pronunziato del pretore, il quale giustamente osservò che l'art. 341 cod. proc. civile era solo riferibile alle sentenze interlocutorie, che, senza risolvere la questione di merito, la toccano ed eventualmente la pregiudicano, com' è del giudicato 17 dicembre 1903, e che tali sentenze, per espresso volere del legislatore, conservano piena la loro efficacia, nel senso di mantenere gli effetti giuridici in omaggio al principio *non bis in idem*, mentre in virtù della perenzione dileguano gli atti procedurali. E però, restando immutata la ragione di decidere del primo giudice in ordine alla compensazione delle spese, si doveva di conseguenza respingere l'interposto gravame».

La tesi a cui il nostro Supremo Collegio ha ora aderito viene contrastata recisamente dalla sentenza 23 giugno 1905 dell'A. Bologna, est. COCCONI (*Temi*, 1905, 709), e dalla decisione 10 giugno 1891 della Cass Napoli (*Gazz. Proc.* 1892, 4). Per converso, essa è approvata da un anonimo scrittore (forse il prof. CALDA) in una breve nota di commento alla citata sentenza della Corte bolognese.

statuito, nel suo primo inciso, «la perenzione non estingue l'azione, nè gli effetti delle sentenze pronunziate, nè le prove che risultino dagli atti», aggiunge completando il concetto: «ma rende nulla la procedura».

Che, pertanto, se si dovesse muovere dal concetto, accolto sia dalle sentenze del Pretore e del Tribunale, che dal concorde parere dei litiganti, circa la natura schiettamente interlocutoria del pronunciato 17 dicembre 1904, non si potrebbe di leggieri giustificare l'affermazione contenuta in questo e fatta propria dal giudice di appello, «che il giudicato conserva la sua piena efficacia a produrre effetti giuridici, *sia in via di esecuzione*, sia in un nuovo giudizio.» Avvegnachè appaia di tutta evidenza, che, quando si dovesse riconoscere al giudicato la virtù di produrre i suoi giuridici effetti *in via di esecuzione*, non più potrebbe dirsi perento siccome atto procedurale, posto che gli si attribuisce l'efficacia di servire quale titolo esecutivo nella procedura relativa che si volesse iniziare in base ad esso.

Che, per altro, se equivocato è il punto di partenza, da cui muovono l'una e l'altra sentenza, tratte forse in inganno dal conforme parere dei litiganti, giusta ne è la decisione e deve dal Supremo Collegio essere approvata, sostituendo a quella adottata una diversa ragione, che meglio armonizzi con la legge e con i più sani principî giuridici. E ben può dirsi che l'equivoco fosse stato avvertito dai medesimi giudici, nel punto di annunciare la sopra riferita proposizione se poco di poi, a rendere conto della propria decisione, credettero riferirsi all'indole speciale di quelle interlocutorie «che, senza risolvere la questione di merito, la toccano ed eventualmente la pregiudicano, come avviene precisamente riguardo al giudicato 17 dicembre 1904».

Se non che, per quanto peculiare il carattere di simili interlocutorie pregiudiziali del merito, non ismettono però la loro indole generica, nè mai potrebbe riconoscersi loro virtù di titolo esecutivo, se colpite dalla perenzione; onde permarrebbe l'equivoco e l'inconveniente sopra notato. Ad eliminare i quali, poichè al pensiero dei giudicanti si era affacciata l'idea di un *quid definitivi* incluso nel pronunciato del 12 dicembre 1904, doveva riuscire ovvio sovvenirsi del principio *tot capita, tot sententiae*, per attingere in esso la norma più sicura della propria decisione. Nè a ciò poteva essere di ostacolo la circostanza che con quel pronunziato di condanna non rimaneva assolto il merito della controversia, che aspettava la sua perentoria definizione dall'esito dei disposti mezzi istruttori, dacchè la possibilità della rescissione della prima condanna con un nuovo terminativo giudicato involgente la decisione del merito rimasto pendente ed impregiudicato non menomava la qualità definitiva della condanna medesima allo stato della causa. E sarebbe davvero singolare che ad un simile pronunciato si dovesse negare la virtù di definitivo, solo perchè non irretrattabile, quando viene attribuito ad esso il valore di un titolo esecutivo e mercè sua è concessa potestà al creditore che l'ottenne di esigere, con cauzione o senza, il pagamento della somma cui la condanna si riferisce.

Che, a parte cotesto, avrebbero i giudici di merito rinvenuto un'ulteriore perentoria ragione a così ritenere, se per poco avessero richiamato alla mente il disposto dell'art. 324 Cod. di comm. e ne avessero esaminato il contenuto, studiando di penetrarne lo spirito, in relazione all'art. 323 che lo precede ed alla natura del titolo cambiario. Il quale per ciò che è formale, quando sia perfetto nei suoi elementi integranti assume nelle vedute del legislatore (di cui qui è inutile discorrere) in grazia di detta sua qualità, e soltamente per questo, l'efficacia di titolo esecutivo e la virtù, superiore ad ogni altra, di arrestare tutte le eccezioni che contro di esso si venissero sollevando (salvo quelle di forma e le altre indicate nella prima parte dell'art. 324, ed anche (sotto determinate condizioni) che potessero come che sia intralciarne la giuridica efficacia. Sicchè una pronunzia di condanna, emessa nel relativo giudizio in controsenso delle avversarie deduzioni, allo infuori dell'esame in merito delle eccezioni sollevate contro l'effetto cambiario, costituisce un pronunciato definitivo circa l'efficacia formale di detto titolo, riaffermando in esso l'intrinseca sua virtù di titolo esecutivo privilegiato, perchè potesse speditamente attingere la finalità cui la legge mirava nello imprimergli siffatto plasma. O se altrimenti piaccia raffigurare il contenuto del detto art. 324, lo si potrebbe considerare come una derogazione alle comuni norme giudiziarie, onde la legge, sceverando la cognizione dell'istanza dal giudizio dell'eccezione, parte in due la continenza dell'unico procedimento, assegnando a ciascuna un diverso cammino ed una distinta definizione. Sicchè, quan-

do il giudice pronunzia, sulla istanza dell'attore, sentenza di condanna, senza soffermarsi alle contrarie eccezioni del convenuto di cui riserva i diritti e le ragioni al corso ulteriore del giudizio, chiude con essa il ciclo dell'azione giudiziaria che non può non essere definitiva, se pur dovesse in seguito, facendo ragione alle eccezioni del convenuto medesimo, rescindere quel primo pronunciato, ristabilendo ed integrando nella pienezza dei suoi elementi la contingenza dell'unico giudizio momentaneamente disciolta.

Che per cotesti riflessi va quindi confermata la sentenza denunciata e respinto il ricorso contro di essa prodotto.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

2 settembre 1907 n. 681

Basile *Pres.* — Cannas *Est.*

Banca d'Italia (avv. *G. B. Marchesini*) contro Società Romana di vetture (avv. *S. Ajta-Cametti*).

L'azione nascente da sentenze commerciali passate in cosa giudicata si prescrive nel termine di trent'anni, come avviene per le sentenze civili (1).

L'azione, invece, nascente da sentenze commerciali non passate in cosa giudicata non è soggetta alla prescrizione relativa al titolo originario, ma si prescrive in soli dieci anni (2).

La Corte ecc. — L'ultimo titolo del codice di commercio, dettante per le obbligazioni commerciali la prescrizione ordinaria di 10 anni, e prescrizioni e decadenze anche più brevi, fece sorgere delicate questioni, particolarmente in rapporto alle azioni derivanti da sentenza. Quando queste siano passate in giudicato la giurisprudenza (benchè perdurino nel campo dottrinale dissidenze e dissidenti autorevoli) si è ormai decisamente affermata; considera titolo autonomo il giudicato e non ammette che un'unica prescrizione, la trentennaria dell'art. 2135 cod. civile. Franchеggia su tal punto la coscienza del magistrato la illuminata tradizione, che interpreta rettamente il pensiero della legge e non devia dai principi. La sentenza, è vero, dichiara il diritto, non lo crea; non è però men vero che col giudicato all'azione originaria che le impugnative abbassavano a pretese discusse, un'altra ne subentra, vigorosa e salda, al coperto di quelle impugnative: l'*actio indicati*, che ha fisionomia propria ed è disciplinata interamente dal codice civile; questo, attribuendole forza di verità ineccepibile, non consente (articolo 1352) distinzioni, reclami e nuove liti, sulla natura commerciale o civile dei titoli originari, compenetrati nel giudicato.

Permangono invece anche nelle decisioni dei magistrati le oscitanze in rapporto alla prescrizione delle sentenze tuttora soggette a rimedi ordinari e straordinari: nessuna delle opinioni è assurta finora alla dignità di quelle che tengono virtù di attrarre fino a far sorgere una *communis opinio*. La Cassazione di Roma ha per altro, con giudicati recentissimi, ritenuto che alla equiparazione delle sentenze suscettive di rimedi con quelle irretrattabili non si perviene se non snaturando i caratteri dell'*actio indicati*. Nè a sostegno della tesi della equiparazione patrocinata dalla Banca ricorrente, si indicano ora ragioni che persuadano ad un mutamento di giurisprudenza.

Il diritto, anche trasfuso nella sentenza, finchè rimangono aperti i termini per appellare o ricorrere, è sempre *sub judice*: solo passando in cosa giudicata la sentenza assurge alla

---

(1-2) Come nota lo stesso sagace cons. relatore, la decisione 1 febbraio 1907 dell'A. Roma (che è quella confermata: ved. *Consigl. comm.* 1907, pagina 90) dimostrò di non dispiacerle l'idea che le sentenze commerciali, suscettibili ancora di gravame, vadano soggette alla speciale prescrizione del titolo originario, anzichè a quella ordinaria contemplata dall'art. 917 codice di commercio.

Nell'altra decisione 5 febbraio 1907 della stessa Corte, est. CARCANI (in questa nostra Raccolta, anno corr., pag. 138) tale idea è manifestata anche più spiccatamente, inquantochè ivi si dichiara in modo assoluto che, quando si tratta di sentenze commerciali suscettive dei rimedi ordinari o straordinari, la prescrizione è quella stabilita dal relativo Codice *secondo l'indole dell'azione*.

Per questa tesi propende la dottrina, rappresentata dall'illustre FADDA (*Foro ital.* 1896, 1, 1282), dal ROMANELLI (*Cons. comm.* 1895, 1), dal GRANATA (*Annuario crit.* del COGLIOLO, IX,

completa autonomia, che consente di astrarre dalla qualità del titolo originario. Finchè tutto può, secondo legge, rimettersi in discussione, sul gravame (esista in atto od anche solo in potenza) e sulla sentenza ad esso soggetta prevale sempre la natura del rapporto giuridico dedotto in giudizio. Questo, nella specie, era commerciale, e tale rimase, e, comunicando alla sentenza appellabile le proprie caratteristiche, la trattenne nel dominio del cod. di commercio, che è la legge fondamentale dei rapporti commerciali ed estende il suo impero su quanto è materia commerciale e sulle disposizioni che a questa si riferiscono, anche se contenute in altre leggi.

Le osservazioni, quindi dell'istituto ricorrente, che le sentenze e l'appello non siano atti di commercio, a nulla rilevano; nè tolgono che le sentenze impugnabili e le impugnative subiscano l'influsso del rapporto commerciale, il quale domina fino ad imporre il rito e i termini (art. 393 e seg., 485 n. 1, cod. proc. civile, 868 e seg. cod. comm.), e a dare alla causa i caratteri speciali e il nome di causa commerciale, che determina l'applicazione dell'art. 917 cod. comm., fino a quando non sorga il giudicato. Questo solo ha virtù di precludere l'adito alle indagini sulla natura e valore del titolo originario: *amplius ex pristina actione agi non potest.*

Sono allora impossibili (ma solo allora, non quando uno dei contendenti può coi rimedi di legge rimestare la materia del contendere) quelle indagini retrospettive, quelle incertezze, alle quali (perchè moleste allo intero movimento della vita commerciale e alla sicurezza degli scambi) il legislatore stimò di limitare il tempo, segnando brevità di termini per mezzo di numerose prescrizioni e decadenze, e introducendo, pei rapporti non specialmente contemplati, la prescrizione ordinaria di 10 anni. Il ricorso ricorda che le istanze giudiziali interrompono la prescrizione (art. 2125 cod. civ. e 916 cod. comm.) ed invoca la massima di Gaio: *actiones, quae tempore pereunt, judicio semel inclusae, salvae permanent.* Certo la dimanda giudiziale agisce non solo sul passato, cancellando il periodo decorso anteriormente, ma anche pel futuro, ostacolando, finchè essa non sia rinunziata, ovvero perenta, oppure giudicata, il sorgere di una prescrizione novella. Ma colla pronuncia del giudice che la respinge o la accoglie, essa, trasfusa nella sentenza, cessa di esistere. Se sia giusta la pronunzia è questione che potrà essere sollevata ove i rimedi di legge soccorrano all'uopo; ma a ciò è necessaria una nuova istanza che investa la sentenza; e vivrà finchè non sia alla sua volta o rinunziata o perenta o giudicata. La legge parla di perenzione nei giudizi di appello e di revocazione (art. 341 cod. proc. civ., cap.), non della perenzione della istanza primitiva assorbita dalla sentenza. E' vero, la sentenza non si perime. Ciò però non significa che la sentenza non notificata viva vita più lunga dello stesso giudicato; non si perime, ma si prescrive; appena colla pubblicazione essa esiste, un altro ciclo, non di perenzioni, ma di prescrizioni, incomincia, pel diritto di impugnare la pronunzia da una parte, pel diritto dall'altra, che la pronunzia consacra, senza che a ciò occorra la notificazione voluta a fini determinati, ma non necessaria alla sentenza, che anche senza di essa esiste e produce i suoi effetti. Il diritto di impugnare la sentenza e il diritto da questa riconosciuto sono entrambi diritti di ragion comune, nè possono quindi sfuggire ai principi della precrizione.

Siffatte prescrizioni, appunto perchè mettono capo alla sentenza, più non possono graduarsi sul titolo primitivo, che in essa si è trasfuso. Sono in questo punto esatte le osservazioni del ricorso, ed è vero che la legge non vuole l'assurdo di sentenze spezzate pel semplice decorso di termini variabili e brevissimi di sei mesi ed anche minori (è vietato allungare per convenzione la durata della prescri-

1897, pag. 33 e seg.) e da molti altri che noi già citammo altrove (ved. questa Raccolta, anno 1904, pag. 251-252, nota).

Si veggano, però, le considerazioni di M. SAIJA, *La prescrizione in materia commerciale*, Messina, tip. Crupi, 1904, nonchè l'importante scritto dell'avv. G. RUTA, *Della prescrizione dell'«actio judicati» in materia commerciale* — in *Riv. univ. di giur. e dottr.*, anno 1904, 1, 306.

Sull'argomento in genere cfr., da ultimo: A. Catanzaro 13 luglio 1907, *Cron. giud.* 1907, 117; A. Napoli 14 maggio 1907, *Corte app.* 1907, 148; A. Trani 19 novembre 1906, *Rass. giur.* 1906, 289; G. DE PROSPERO, in *Giur. abruz.* 1906, 559; V. GALLO, *Vita dell'«actio judicati»*, in *Foro Puglie* 1907, 185; M. RICCA-BARBERIS, *Nuovi appunti intorno agli effetti della sentenza sulla prescrizione dei crediti*, in *Riv. di dir. commerciale*, 1907, 2, 209; P. G. CARATTI, *Sulla prescrizione dell'actio judicati*, Torino, 1905.

zione, non di abbreviarla). Ed è palese l'assurdo dell'insegnamento che nega una durata normalmente fissa alla sentenza, opera ponderata dal giudice, quando una durata normale è assicurata alla semplice istanza diretta a provocarla e che vive, anche se atti di procedura non intervengano, finchè i termini della perenzione (art. 817 cod. comm.) non sieno decorsi.

Tali osservazioni peraltro portano bensì a concludere che le azioni fondate su i rapporti commerciali sono sottratte con la sentenza alle prescrizioni (di minore durata) dei titoli originari, ma non valgono a mettere in non cale, quando il giudizio non sia irretrattabilmente chiuso, la natura commerciale di tali rapporti, e la inerente prescrizione ordinaria decennale, giusta gli art. 915 e 917 cod comm. a tale natura sono avvinte, e ne subiscono lo influsso, le diverse fasi del giudizio e le pronunzie del magistrato suscettive di rimedi. Solo passando in giudicato, si ripete la sentenza terminativa si svincola decisamente dalle minuzie e dalle fragilità del titolo originario, e appunto perchè di questo più non sono discutibili, e quindi più nulla contano, l'indole civile o commerciale o i possibili difetti coperti dalla vitalità del nuovo titolo, cessano le peculiarità del diritto commerciale e resta l'impero della più vasta regola dell'art. 2135 cod. civile.

A questi concetti s'informano la decisione e in gran parte i ragionamenti della Corte di merito. Accenna questa, meno esattamente, è vero, che colla pronunzia appellabile riprese corso la prescrizione quinquennale della cambiale; ma l'accenno è innocuo perchè essa ha cura di soggiungere che, essendo trascorsi oltre dodici anni, si era ad ogni modo verificata la prescrizione ordinaria commerciale dei 10 anni.

Nè, come a torto sostiene il ricorso, si possono elevare a motivi di annullamento le omesse risposte a due osservazioni della Banca. Tali osservazioni riflettono, l'una, la virtù indipendente dalla forza esecutiva della sentenza, specialmente in materia cambiaria, essendo la cambiale titolo esecutivo; l'altra la perduranza dell'effetto interruttivo della domanda giudiziale accolta colla sentenza per tutto il tempo dell'appellabilità di questa. La Corte di merito enunciò chiaramente i motivi in fatto e i principî di diritto che determinarono la decisione; non era tenuta a combattere tutti gli argomenti addotti in contrario. Del resto, dovendo ritenersi, come la Corte di merito giustamente ritenne, che le sentenze appellabili in causa commerciale non sfuggono alla prescrizione decennale dell'art. 917 codice di commercio, non si comprende, nè la Banca spiega, quale ragione vi possa essere per introdurre distinzioni illogiche e sottrarre a tali prescrizioni, facendole entrare nella trentennaria, le sentenze commerciali di condanna appellabili basate su cambiali, che sono, è vero, titoli esecutivi, ma per loro stessi prescrittibili in più breve periodo.

Quanto alla perduranza dell'effetto interruttivo della domanda giudiziale, giusta e sufficiente è la osservazione dei giudici del merito, che colla sentenza una nuova prescrizione incomincia; il diritto d'appellare, se non vi fu notificazione, si prescrive normalmente nello stesso periodo in cui si prescrivono i diritti nascenti dalla sentenza stessa.

La Banca non ha esaminato se a far valere la prescrizione fosse necessario ed opportuno il giudizio di secondo grado; intese che, avendo a questo dato causa colla notificazione di un titolo prescritto, a lei risalivano le conseguenze. Riconosce essa nel ricorso che l'appello fu diretto ad eccepire in linea pregiudiziale la prescrizione del credito contemplato nella sentenza: con ciò riconosce di non poter ragionevolmente parlare, e non parla, di rinuncia implicita della controparte alla eccezione di prescrizione.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

9 settembre 1907 n. 685

Basile *Pres.* — Spirito *Est.*

Vannutelli (avv. *F. Garbini*) contro Garavini (avv. *N. Conte*).

Relatore della causa è solo il giudice che ne ha fatto realmente all'udienza la relazione, e non già il giudice, a cui il presidente destina la causa, dopo che questa è stata messa semplicemente in decisione (1).

---

(1) Constatiamo con vero piacere che il Supremo Collegio va dimostrandosi sempre più rigido nella risoluzione della vecchia controversia e si accosta così pian piano all'opinione, anche più recisa, adottata dal MORTARA e da noi (ved. in questa Raccolta, anno 1906, pag. 11-12, con richiami, e pag. 193-197).

La decisione che pubblichiamo fa il paio con

Se quindi cotesto giudice è meno anziano tra quelli presenti in udienza, quando ebbe luogo il passaggio della causa in decisione, l'art. 264 del regolamento generale giudiziario resta violato, e la sentenza deliberata col concorso di tal giudice è nulla (2).

La Corte, ecc. — Considera, sul primo mezzo, che tutto il ragionamento della Corte di merito per respingere l'analogo motivo di gravame prodotto dal ricorrente poggia sul supposto che la legge non abbia contemplato il caso in esame, che la causa, cioè, passi in deliberazione senza relazione e senza discussione, dopo la sola lettura delle conclusioni. Donde, per ragion di analogia, basata sull'art. 264 Reg. gen. giudiz. sorretta da considerazioni di servizio per un'equa distribuzione di lavoro fra diversi componenti il Collegio giudicante, argomenta la facoltà al presidente di nominare all'udienza il relatore della causa; ciò che, ponendo le parti in condizione di sperimentare il diritto di ricusa, farebbe rientrare la specie nella ipotesi disciplinata della seconda parte del riferito art. 264.

Che però ingiustificato è il supposto; e se può ammettersi che il caso in esso alluso non fu dalla legge espressamente contemplato, non è lecito ritenere che non sia implicitamente disciplinato dalle disposizioni che riflettono la materia.

Dispone infatti l'art. 46 dell'ordinamento giudiziario, che i tribunali giudicano col numero invariabile di tre votanti. Ed il relativo regolamento, prevedendo nell'art. 264 l'ipotesi che in un tribunale vi sia un numero di giudici maggiore di quello richiesto per giudicare, prescrive che si astengano i meno anziani di grado.

Senonchè cotesta stessa possibilità di un numero di giudicanti maggiore dell'ordinario, stabilito nel ricordato art. 46 dell'organico, lascia intravedere il pensiero da cui fu condotto il legislatore, di provvedere, cioè, pei tribunali dei grandi centri, ove maggiore è il numero delle cause, ad un'equa distribuzione del servizio fra i diversi componenti il Collegio, nell'interesse beninteso d'una regolare amministrazione della giustizia, la quale non può che vantaggiarsi della più sollecita spedizione delle controversie.

Ma ciò implicava *ex necesse* che si fosse determinato il modo e le condizioni onde tradurre in atto tale temperamento, all'infuori di ogni arbitrio presidenziale ingiustificato, statuendo all'uopo che potesse prendere parte alla decisione della causa un giudice meno anziano tra gl'intervenuti all'udienza, quando egli fosse stato di essa il relatore.

Donde è chiaro, ricostruendo il pensiero del legislatore incarnato nella ricordata disposizione dell'articolo del regolamento, che, di regola, nei tribunali composti di un numero di giudici maggiore del prescritto, sono chiamati a decidere quali giudici naturali in tutta la causa i più anziani di grado, salvo che uno meno anziano sia stato incaricato della relazione di qualche causa, nel qual caso questi sottentra nella decisione di essa al giudice che immediatamente lo precede nella graduatoria e che resta perciò escluso dal prendervi parte.

Che se, dunque, queste e non altre sono le due ipotesi contemplate dalla legge, le sole possibili, in quanto il difetto di una effettiva relazione alla udienza non immuta i termini della questione vuol dire appunto che, venendo meno l'applicazione della seconda parte dell'art. 264 per la non intervenuta nomina del giudice meno anziano a relatore, esplica il pieno suo vigore la regola comune, onde il giudice più anziano *de jure* interviene nella composizione del Collegio e nella decisione di tutte le cause recate alla cognizione di questo, con esclusione del meno anziano.

Cosicchè allora la questione non riguarda più l'interpretazione del detto art. 264, che non consente davvero alcuna dubbiezza nella espli-

quella 3 aprile 1907 dello stesso Supremo Collegio, est. BAUDANA (in questa Raccolta, anno corrente, pag. 200), ma l'illustre cons. SPIRITO ha sentito maggiormente il bisogno di diffondersi nelle sue considerazioni critiche ad insegnamento dei magistrati inferiori.

La sentenza cassata, e cioè quella 22 dicembre 1906 dell'A. Roma, est. POMARICI, può leggersi nella nostra Raccolta, annata corr., pag. 220.

Pro e contra la validità della sentenza, estesa dal giudice meno anziano, si consultino le seguenti recentissime decisioni: Cass. Napoli, 18 settembre 1906, *Trib. giud.* 1907, 3; Cass. Torino 27 dicembre 1906, *Giur. tor.* 1907, 151; Cass. Palermo 4 aprile 1907, *Foro sic.* 1907, 288; A. Catania 13 maggio 1907, *Giur. cat.* 1907, 83; Cass. Torino 7 agosto 1907, *Mon. trib.* 1907, 681; A. Catania 17 giugno 1907, *Temi* 1907, 548.

La magistratura dell'Italia meridionale è quella che maggiormente persiste nella via dell'errore.

cita sua locuzione; sibbene la significazione da attribuire alla parola *relatore*, che dalla denunciata sentenza si è tentato contorcere, dandole per assimilazione di ipotesi un contenuto cui essa ripugna.

Veramente dopo i fatti rilievi, dimostrato come il supposto da cui muove la decisione della Corte di merito non trovi conforto nella legge e che appunto furono le ragioni dell'interesse del servizio che suggerirono le eccezioni della seconda parte dell'art. 264, simile argomento viene con ciò stesso a perdere la sua efficacia.

Comunque, è impossibile che esso si sorregga di fronte al formale disposto dell'art. 349, in relazione al paragrafo primo dell'art. 178 Cod. proc. civ., ed agli art. 5, legge 31 marzo 1901, sulla riforma del procedimento sommario e 46 del relativo regolamento; i quali, col formulare la duplice ipotesi che la relazione della causa all'udienza debba essere fatta dalle parti o dal giudice espressamente delegato dal presidente, significano in modo intuitivo che l'ufficio del relatore e la correlativa nomina debba precedere la trattazione e la messa della causa in decisione.

Ed è semplicemente ovvio ed in tutto naturale che così nè altrimenti debba intendersi, sia che si riguardi la ragione della limitazione della seconda parte dell'art. 264 dianzi cennata sia che si consideri che colla introduzione della causa in decisione, prima che fosse destinato dal presidente il giudice per la relazione della causa in Camera di Consiglio, fu già acquisito ai contendenti il diritto di essere giudicati dai più anziani; onde la nomina del relatore in cotesti termini fatta, costituirebbe una aperta violazione delle norme organiche giurisdizionali e del principio proclamato nell'art. 71 dello Statuto del Regno.

Conviene inoltre non obliare che, in materia di ordinamento degli organi giurisdizionali, che attingono la loro esistenza ed il modo di essere dal supremo potere costituzionale dello Stato, non è concepibile alcuna interpretazione analogica od estensiva.

Del pari che riesce contrario ad ogni regola di ermeneutica legale, in argomento eccezionale e speciale, quale la denunciata sentenza riconosce il disposto della seconda parte dell'art. 264, ragionare per assimilazione nel fine di applicare ad un caso analogo un disposto di legge dettagliato in via di derogazione alle norme comuni di diritto per una speciale ipotesi determinata.

Che quindi consegue altresì che erroneo debba ritenersi il criterio della sentenza denunciata, la quale la ragione del divieto vorrebbe derivare dal diritto della ricusa o dell'astensione che compete rispettivamente alle parti ed ai giudici; onde, salvo un tale diritto, e venendo meno perciò qualsiasi interesse, svanirebbe ogni giuridico fondamento della dedotta nullità.

Poichè, se può essere cotesto uno dei motivi della disposizione contenuta nella seconda parte dell'art. 264 non ne costituisce intera la ragione, nè la più saliente; la quale invece, come fu sopra rilevato, trae la precipua sua origine da un più alto movente, quello dell'ordinamento dei poteri giurisdizionali, che sorpassa i limiti del mero interesse personale delle parti, quantunque al medesimo si riconnetta per consonanza d'intenti. Che se pure si potesse, sotto cotesto unico profilo, guardare il punto controverso, non verrebbe meno per questo la censura mossa alla sentenza denunziata; e per due considerazioni egualmente perentorie.

L'una, perchè il convenuto fu contumace, nè quindi in grado di provvedere con una possibile ricusa ai proprî interessi.

L'altra, perchè, chiuso il dibattimento e messa la causa in decisione, non è possibile ricusa, dovendosi questa per il n. 2 dell'art. 121 cod. proc. civ., proporre prima della discussione.

Che non occorre poi spender parola a dimostrare la vacuità dell'obietto desunto dall'essere l'art. 264 una disposizione puramente regolamentare, senza veruna sanzione ed incapace pertanto d'indurre l'eccepita nullità.

Anzitutto, perchè il regolamento fu emanato in virtù dei pieni poteri concessi al Governo dalla legge 2 aprile 1865. Poi perchè l'art. 264 ha il suo fondamento nella legge organica di procedura e nell'art. 71 dello Statuto, alla cui attuazione esso è inteso, esplicandone le norme in piena conformità dei principî che vi sono consacrati. Ed infine (ciò che costituisce una riconferma del detto testè) perchè, trattandosi nella specie d'un aggiunto giudiziario, esplicitamente sovviene al caso il disposto dell'art. 26 dell'ordinamento giudiziario.

Dovendosi quindi con l'accoglimento del primo mezzo del ricorso annullare la denunciata sentenza, sarebbe superfluo scendere all'esame del secondo, tanto più che lo stesso ricorrente pare non faccia su di esso alcun assegnamento.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

9 settembre 1907 n. 686

Basile *Pres.* — La Terza *Est.*

Guidetti (avv. *V. Scialoja* e *R. Conflenti*) contro Ministero della Guerra (avv. erariale *Maniscalco*).

Agli effetti della legge 3 luglio 1902 n. 243, non possono considerarsi come veri impiegati dello Stato gli operai addetti alle officine dello Stato; quindi gli operai addetti in Roma al laboratorio di precisione di artiglieria presso il Ministero della Guerra non hanno diritto all'indennità di residenza, contemplata da detta legge (1).

La Corte ecc. — Osserva che alla pretesa del Guidetti di conseguire la indennità di residenza di cui alla legge 3 luglio 1902 osta la lettera della legge, l'indole della stessa, ostano i precedenti legislativi e le medesime discussioni parlamentari, che s'invocano.

Osta la lettera della legge, perchè il legislatore con chiarissima e propria locuzione credè concedere e concedette l'annata di indennità agli impiegati civili di ruolo dello Stato residenti in Roma con stipendio non superiore ad annue L. 4000, e agli impiegati straordinari ed agli uscieri ed inservienti non forniti di alloggio; non credè parimenti concederla agli operai borghesi addetti alle diverse amministrazioni pubbliche, non avendoli punto menzionati.

Senonchè al riguardo si afferma dal ricorrente che gli operai non sono che dei veri e propri impiegati, e lo sono tanto più, perchè loro pur si corrisponde una mercede giornaliera per l'opera che prestano, e sono essi financo inscritti in ruoli speciali, e quindi compresi nell'articolo primo di detta legge.

Che cotesta affermazione non ha giuridico fondamento.

In effetti, pur prescindendosi dal diverso significato che comunemente si dà alla parola *impiegato* ed all'altra di *operaio*, e soffermandosi invece a quanto ritengono le varie leggi pubblicate, è apertamente manifesto che per queste leggi l'operaio non è l'impiegato, che il primo si valuta in modo distinto dall'altro, che la loro condizione giuridica è diversamente considerata, come in modo chiarissimo assorge, sia da quelle dell'11 ottobre 1863 sulla disponibilità, aspettativa e congedi degli impiegati civili, e del 21 febbraio 1895 sulle pensioni, sia ancora dalle due altre del 18 aprile 1886 per il computo del tempo passato in servizio militare nei presidi stabiliti lungo le coste del Mar Rosso e del 31 gennaio 1904 per gl'infortuni sul lavoro, e sia, infine, dal regolamento del 24 agosto 1877 per la esecuzione della legge d'imposta di ricchezza mobile. Ora se ciò è indiscutibile, se per le cennate leggi la distinzione esiste, ed in virtù di essa non è dato confondere l'impiegato con l'operaio e se la legge del 1902 parla solo degl'impiegati e non pure degli operai, è chiaro che questi rimasero esclusi dal beneficio della indennità di residenza.

Che poi non possa trarsi alcun argomento a pro della tesi del Guidetti dal duplice fatto della corrisponsione della mercede e della iscrizione in ruoli speciali, è cosa evidentissima, sol che si rifletta che, appunto perchè gli operai percepiscono una mercede giornaliera e sono iscritti in ruoli speciali, essi non sono compresi dalla legge, la quale discorre di *stipendi*, parola che sta in relazione all'impiegato e discorre di *ruolo*, di ruolo cioè organico fisso, tenuto, invigilato dalla Corte dei conti, che attiene all'impiegato stesso.

Osta l'indole della legge imperocchè questa non è che una legge di favore, una legge del tutto speciale, e come tale non può essere applicata che soltanto a quella categoria di persone della quali si fa espressamente cenno. Se gl'impiegati di Roma per il continuo ed incessante rincaro dei fitti si vollero eccezionalmente considerare, la eccezione non può rimanere che nei propri limiti e confini. Ostano i precedenti legislativi: la legge del 1902 richiama quella del 7 luglio 1876 e ripristina la indennità con la medesima attribuita e poi soppressa con la legge del 1904, quantunque con una certa restrizione consigliata da ragioni di bilancio, e con la sola aggiunta a pro degli impiegati straordinari, destinati a scomparire. Ora, se richiama la detta legge

(1) La sentenza del Trib. civ. Roma, confermata ora dalla Suprema Corte, è rimasta inedita. Fu pubblicata, invece, la difforme sentenza 14 marzo 1905 della Pretura del VI Mandam. di Roma, est. ORLANDI, e può leggersi in questa nostra Raccolta, anno 1905, pag. 238.

del 1876, e questa non concede la indennità agli operai, che neppure si permisero di avanzare una qualsiasi pretesa al riguardo, nel lungo periodo decorso dal 76 al 94, è una conseguenza logica lo ammettere che essa non comprenda gli operai.

Ostano infine le discussioni parlamentari: giacchè da esse non risulta, come si afferma, che si volle provvedere indistintamente a favore di tutti coloro che prestassero servizio allo Stato; risulta invece dal loro complesso che si volle venire in aiuto degli impiegati unicamente facendosi cenno di essi e non declinandosi in alcun modo la parola operaio.

Fu una limitazione codesta forse non provvida, trovandosi gli operai se non in maggiori, certamente in eguali ristrettezze economiche; ma ciò non importa che la lmitazione non esista e che il magistrato possa sconoscerla venendo meno al proprio dovere di applicare la legge così come è scritta.

Niuna conseguenza giuridica può poi avere il fatto di quelle amministrazioni pubbliche, che, come dicesi, han creduto concedere ai propri operai la indennità di residenza, imperocchè se così credettero non perciò non può credere diversamente l'amministrazione della Guerra. Nè il cennato fatto può influire sulla interpretazione a darsi alla legge quando in vista di ciò si è considerato, la interpretazione esatta è quella di non essere stato concesso agli operai quel beneficio concesso agli impiegati.

E' perciò che avendo il tribunale, nel negare la chiesta indennità di residenza, rettamente giudicato la denunziata sentenza, lungi dall'essere posta nel nulla, merita conferma. E' vero che col ricorso, oltre alla violazione dell'articolo 1 della legge 3 luglio 1902, si è dedotto anche il difetto di motivazione, ma questo per alcun verso non sussiste giacchè l'unica questione della causa, se, cioè, al Guidetti spettasse la indennità di residenza fu, ampiamente e lungamente esaminata e discussa, ed esclusa in lui la qualità d'impiegato ed ammessa invece quella di operaio, nulla dovevasi aggiungere per rimanere anche esclusa quella d'impiegato straordinario.

Per questi motivi, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

13 giugno 1907, n. 389

Spaziani, *Pres.* — Reggiani, *Est.*

Pironi e Mastrucci (avv. *E. Ciolfi*) contro Pironi (avv. *T. Lauri*).

Se per legge gli alberi sono immobili finchè non vengono atterrati, la convenzione che trasferisca la proprietà di essi come soprasuolo va fatta per atto pubblico o per scrittura privata a pena di nullità, giusta l'articolo 1314 Cod. civile (1).

La nullità comminata dal detto art. 1314 è assoluta, specialmente di fronte ai terzi (2).

Non è data azione giudiziaria se non a colui che vanti un interesse proprio diretto, legittimo ed attuale; quindi la moglie non può sollevare eccezioni nell'interesse del marito, sia o non sia egli in causa, costituendo

---

(1) Che gli alberi, finchè non vengano atterrati, si reputino immobili non si può contrastare, di fronte alla chiara disposizione dell'art. 410 codice civile (cfr. anche GAET. e GIULIO CRIVELLARI, in *Digesto italiano*, voce *Beni immobili e mobili*, n. 12 e seg.). Si contrasta, invece, e con tutto fondamento, che la vendita degli alberi aderenti al suolo sia vendita di cose immobili. La dottrina e la giurisprudenza prevale nel senso che siffatta vendita abbia carattere mobiliare: vedi Cass. Torino 27 novembre 1885, est. PINELLI, in *La giur. sul Cod. civ.*, Roma, Camera dei deputati, 1892, art. 410, n. 2. Egualmente: A. CORSI, in *Digesto italiano*, voce *Alberi*, n. 57 e seg. Non è, quindi, per la prova di tale vendita obbligatorio l'atto scritto, sotto pena di nullità. La sentenza che commentiamo è piuttosto una decisione *di specie*, inquantochè si ritenne che la prova testimoniale invocavasi non già a provare la vendita degli alberi come mobili, ma l'alienazione del *soprasuolo alberato*, ed è risaputo che il trasferimento di proprietà di *migliorie* è nullo, se non risulta da prova scritta in conformità dell'art. 1314 cod. civ. (Trib. civ. Modica 24 maggio 1906, *Ind. giur. Modica* 1906, 121).

(2) La prova scritta, infatti, che l'art. 1314 cod. civ. richiede è voluta *ad substantiam actus* e non soltanto *ad probationem* (A. Trani 2 marzo 1907, *Foro Puglie* 1907, 161; Cass. Roma 27 ottobre 1903, in questa nostra Raccolta, anno 1904, p. 97).

esse in tal caso vere exceptiones de jure tertii (3).

Il Tribunale ecc. — *In fatto*. Pironi Vincenzo morì in Veroli nel 18 gennaio 1904, il quale con suo testamento del 1890 nominò sua erede la nipote Matilde Pironi maritata a Loreto Capogna, e lasciò la sola legittima alle figlie Santa, Felicita e Filomena rappresentata quest'ultima da Grazia maritata a Mastrucci.

Con altro testamento del 16 gennaio 1904 lasciava al suo pronipote Gaspare Capogna figlio di Matilde e del detto Loreto il terreno presso la casa di abitazione ed una miglioria comprata da tal Pironi Paolo, a Mastrucci Grazia la miglioria in contrada Vallepera e alle altre sue figlie altre L. 50 per ciascuna.

Pironi Santa e Felicita e Mastrucci Grazia con citazione 17 dicembre 1904 convennero avanti il Tribunale di Frosinone Pironi Matilde in Capogna per la divisione dell'asse ereditario lasciato dal suddetto testatore fra gli aventi diritto a forma di legge.

Quel Tribunale con sentenza 16-24 maggio 1905 dichiarò aperta fin dal 18 gennaio 1904 la successione di Pironi Vincenzo a norma di legge e de' due testamenti predetti; nominò il perito agrimensore Giuseppe Cacciavillani per la stima dei beni e rimise le parti avanti il notaio Lauri Bartolomeo residente in Veroli per la formazione della massa ereditaria e delle relative quote.

Fra le parti comparse avanti il detto notaio nel 17 luglio 1902 sorsero delle contestazioni circa l'ammontare dell'eredità.

Felicita Pironi sosteneva che nella eredità dovevano comprendersi diverse migliorie:

a) miglioria di viti, olivi con querce in contrada Casale sulla proprietà di Giovanni Campanari;

b) miglioria olivata sulla proprietà della Cappella Pia Bianchi in contrada Ponte S. Angelo, o Valladoni;

c) casa di abitazione ed annessi in contrada S. Angelo, ecc.

d) piccolo appezzamento di terreno in contrada Valle della Morte, ecc.

La Pironi Matilde sostenne che dalla miglioria sulla proprietà Campanari debbono escludersi le querce, le quali, come la casa di recente costruzione, appartengono al Capogna di lei marito.

Le attrici insistettero nelle loro affermazioni aggiungendo che doveano pur comprendersi nell'eredità tutti i mobili, semoventi, crediti accennati nel verbale.

Il notaio, nel disaccordo delle parti sulla quantità dei prodotti e dei generi lasciati dal comune autore, le rimise ad udienza fissa innanzi al Tirbunale delegante a senso dell'articolo 890 proc. civile.

Le parti comparse innanzi al Tribunale nella udienza del 7 marzo 1906 conclusero per l'accoglimento delle rispettive domande ed eccezioni, ed in via subordinata domandarono di essere ammesse a provare con testimoni i fatti affermati.

Quel Tribunale con sentenza 2-4 aprile 1906 accordò alle attrici la prova invocata sui fatti dedotti con cinque articoli.

Ammise pure la Matilde Pironi in Capogna a provare col mezzo di testimoni questi due fatti:

1. che le querce in contrada Casale sulla proprietà del marchese Giovanni Campanari, furono vendute da questi a Loreto Capogna:

2. che la parte di casa di recente costruzione in contrada S. Angelo su terreno del testatore fu fatta dal Capogna e con materiali suoi.

Da questa sentenza le attrici produssero appello il 13 giugno 1906 perchè la medesima sia riformata nella parte che ammise la Matilde in Capogna a provare con testimoni i surriferiti due fatti.

Si adduce che il Tribunale doveva dichiarare inammissibile cotesta prova, poichè la si fonderebbe sopra una eccezione *de jure tertii*, ed in quanto riguarda la casa sarebbe inoltre inopportuna ed intempestiva, poichè l'art. 680 Cod. civ., prescrive che i creditori o cessionari di un partecipante possono opporsi alla divisione, ed intervenire a loro spese.

Diritto. — Osserva che l'appello delle attrici Pironi si limita unicamente al capo della sentenza che ammise la prova per mezzo dei testi-

(3) Cfr. MATTIROLO, *Trattato di dir. giud. civ. ital.*, quarta ediz., vol. I, n. 53 e segg., e B. BRUGI, in *Digesto italiano*, voce: *Azione*, n. 7.

Notevole, in questa materia, è la sentenza 19 febbraio 1907 dell'A. Milano, secondo cui in tema di diritti d'autore ha interesse ad agire per la repressione degli atti lesivi di quei diritti non solo il concessionario di essi, ma anche l'autore o chi legalmente lo rappresenta, tanto più se all'autore è riservata una partecipazione negli utili della vendita delle opere (*Giur. ital.* 1907, 1, 2, 268).

moni, invocata dalla convenuta erede universale Pironi Matilde in Capogna, sopra due fatti articolati: l'uno per sapere che le querce vegetanti sul terreno a miglioria a favore del *de cujus* spettanti al Marchese Campanari Giovanni furono vendute a Capogna Loreto, marito della stessa Matilde; l'altro per stabilire che la parte di casa di recente costruzione sulla proprietà del testatore Vincenzo Pironi, in contrada S. Angelo, fu costruita dal detto Capogna con suoi capitali.

In quanto al primo fatto il Tribunale reputò ammissibile la prova testimoniale, perchè riguarderebbe un contratto interceduto fra terzi (la pretesa vendita delle querce del Campanari al Capogna) e perchè in ogni caso si tratterebbe di valore minore di lire cinquecento.

Ma il Tribunale così argomentando suppose erroneamente che le querce siano mobili mentre non vi ha dubbio che gli alberi (*plantae quae terrae coalescunt*) sono immobili finchè non vengono atterrati(art. 410 Cod. civ): e violò in conseguenza l'art. 1314, n. 1, Cod. civ., che a pena di nullità ordina doversi fare per atto pubblico o per scrittura privata le convenzioni che trasferiscono proprietà di immobili.

Disposizione generale di ordine pubblico, che non fa eccezione per convenzioni traslatorie di proprietà immobiliari conschiuse fra terze persone, in quanto che la nullità comminata dal citato art. 1314 non è relativa, ma assoluta; onde cotali contratti, che senza l'atto scritto sono nulli, giuridicamente non esistono *quoad omnes*, anzi a più forte ragione di fronte ai terzi che non sono tenuti a riconoscere se non quelle convenzioni, le quali sono conchiuse colle formalità prescritte dalla legge.

Inoltre è rivelante che la Matilde (come consta dal verbale notarile n. 3) ammise che il testatore fosse il miglioratario degli alberi vitati e coltivati sul terreno in contrada Casale, e che quindi egli avesse, come tale, un diritto reale indistintamente sull'intero soprassuolo.

Ciò ammesso, si appalesa del tutto inverosimile che le querce in disputa non siano comprese nel contratto di miglioria, che di sua natura si estende a tutti gli alberi del terreno altrui, portando una deroga alle disposizioni generali sulla proprietà contenuta negli articoli 440, 444, 448 Cod. civ.

Osserva nel secondo fatto articolato che il Tribunale credè ammetterne la prova orale come d'un nudo fatto ad escludere nell'interesse dell'appellata Matilde e dei coeredi da cui deriverebbero le facoltà concesse ai proprietari dall'art. 450 Cod. civile, secondo il quale i medesimi avrebbero diritto di obbligare il Capogna a togliere la costruzione o a ritenerla pagando o il prezzo della mano d'opera e il valore dei materiali, o l'aumento di valore recato al fondo, cioè come dicesi con la concisione latina: *minus inter inpensum et melioratum*. Però a siffatto ragionamento osta il principio che niuno può agire in giudizio nell'interesse altrui (art. 36 proc. civ.). Ora sta in fatto che Matilde sperimenterebbe un'azione *de jure tertii*: il che non è consentito dalla legge. D'altronde il Capogna non è in causa *nomine proprio*, ma unicamente per l'autorizzazione maritale.

Nè vale il dire che la Matilde ha interesse che l'asse ereditario sia depurato dalle passività; *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*; dacchè non qualunque interesse o vantaggio dà diritto a proporre domande in giudizio, o a contraddire alle medesime, ma richiedesi per esperimento di un'azione giudiziale. un interesse diretto legittimo, ed attuale.

Che in ogni caso un motivo d'indole generale induce necessariamente a far pieno diritto all'interposto appello ed è la manifesta inconcludenza ed inutilità di ogni mezzo istruttorio in una controversia sulla proprietà, che vien promossa dalla moglie invece del marito e che si agiterebbe in assenza del medesimo avente diritto (come viene asserito) sulle querce, e in parte sulla casa d'abitazione di cui sopra: dacchè vede ognuno che qualunque pronuncia fosse resa in proposito non avrebbe alcun effetto giuridico contro di esso Capogna, il quale non è in causa *pro juris effectu*: onde rispetto a lui la sentenza *nec nocere nec prodesse potest*.

Pertanto in tale posizione di fatto devesi tener conto delle querce sulla proprietà Campanari date a miglioria al testatore, e della intiera casa di abitazione spettante al fu Vincenzo Pironi, nella divisione e formazione delle quote ereditarie. Il che d'altronde non pregiudica punto i diritti, che taluno eventualmente possa avervi, da sperimentarsi però in forma di legge.

Che le spese di questo grado d'appello debbono porsi a carico dell'appellata Matilde Pironi, ecc.

Per questi motivi accoglie l'appello, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

13 luglio 1907 n. 760

Cardona *Pres.* — Mosca *Est.*

Comune di Barbarano Romano (avv. *E. Ciolfi*) contro Sagretti (avv. *D. Canevari* e *A. Luiani*).

Per ultimo possesso di fatto, secondo la legge abolitiva delle servitù civiche nelle provincie ex-pontificie non s'intende il possesso attuale, ma l'ultimo possesso legittimo anteriore alle arbitrarie restrizioni ed usurpazioni (1).

L'estensione di un uso civico si desume dalle maggiori o minori facoltà che esso conferiva ai singoli cittadini, e la misura dal modo in cui queste facoltà venivano esercitate, senza che abbia valore in questa indagine il rilievo che nel Comune esistano o meno altre terre gravate di eguale servitù civica (2).

Può ben provarsi con testimoni che l'ultimo possesso di fatto di una servitù civica era molto più esteso di quello attuale (3).

La Corte, ecc. — Osserva *in fatto*: Che con decisione del 30 settembre-31 ottobre 1890 la Giunta d'arbitri di Viterbo, nel giudizio di affrancazione di alcuni fondi dei signori Sagretti Luigi ed Ettore nel territorio di Barbarano Romano da varie servitù civiche a favore della popolazione di quel Comune, dispose, in ordine alla contestata servitù di legnare, quanto segue: «Ricerchi il perito se l'esercizio della servitù di legnare sulle terre dei signori Sagretti sia indispensabile alla popolazione di Barbarano, e se questa non possa altrove procurarsi del combustibile senza gravissimo incomodo». E per conseguenza riserbò di pronunziarsi in merito all'affrancazione della detta servitù di legnare;

Che 4 anni dopo la stessa Giunta, in seguito alla relazione del perito Grispigni, che, in ordine alla servitù di legnatico conchiudeva col dire che tale servitù primieramente non esisteva, ed in secondo luogo non era necessaria, con altra decisione del 10 ottobre-12 dicembre 1894 non prodotta negò alla popolazione di Barbarano qualunque correspettivo pel diritto di legnare, ordinando soltanto l'affrancazione dei diritti di pascolo ed altri minori;

Che, però, su ricorso del Comune il Ministero d'agricoltura, industria e commercio con decreto del 18 gennaio 1897, emise il seguente provvedimento: «La Giunta d'arbitri provvederà perchè dai fondi dei fratelli Luigi ed Ettore Sagretti oltre ai terreni corrispondenti alla servitù di pascolo, come dalla suimpugnata sentenza, vengano staccati anche dei terreni corrispondenti alla servitù di legnatico da cedersi in proprietà agli utenti, con opportuno riguardo ai bisogni della popolazione»;

Che dopo una perizia dell'agronomo Saveri ed una controperizia dell'agronomo Gambini, ripropostasi la causa dinanzi alla Giunta di arbitri, questa con una terza decisione del 14 ottobre-1 novembre 1903, o meglio col capo VI di essa, in esecuzione del decreto 18 gennaio 1897 del Ministero di agricoltura, ordinò che dai fondi dei Sagretti e precisamente da quella parte segnata in catasto alla sezione seconda e confinante con la strada che da Barbarano Romano conduce a Civitella Cesi, fossero distaccati ettari 24, are 62 e centiare 95 a favore del Comune per l'indennità di affrancazione della servitù di legnare;

Che da questo capo della sentenza della Giunta d'arbitri il Comune di Barbarano si è appellato con atto del 27 febbraio 1904 per due motivi l'uno principale ed assorbente, e l'altro subordinato: in primo luogo, perchè la Giunta d'arbitri, nel liquidare il corrispettivo del diritto di legnatico, avrebbe errato nel criterio giuridico per la determinazione dell'estensione e della misura del diritto di legnatico e di affogliare sotto corona; in secondo luogo perchè avrebbe errato nel criterio di calcolazione, assegnando ettari 24-62-95 invece di ettari 34-64-46. L'errore di diritto, secondo

(1-2) Ormai non si contano più i giudicati che vanno affermando queste massime: essi formano quasi legione. Cfr., da ultimo, l'A. Roma 15 dicembre 1906, est. CAPRIOLO (in questa Raccolta, anno corr., pag. 35, con richiami in nota) e la Cass. Roma 7 aprile 1906 (in *Riv. univ. di giur. e dottr.* 1906, 1, 297, con nota).

Veggasi anche il commento di E. CIOLFI alla sentenza qui pubblicata e che può leggersi nell'indicata sua *Rivista universale*, anno 1907, 1, 556.

(3) Conformi: Giunta d'arbitri di Viterbo 24 marzo 1904 e stessa Cass. Roma 22 gennaio e 8 febbraio 1907, le due prime decisioni riportate dalla *Riv. univ. di giur. e dottr.*, 1904, 1, 217, e 1907, 1, 161, con note — e la terza nella nostra Raccolta, anno corr., pag. 169. La prova testimoniale in tali casi è indispensabile.

il Comune appellante, consisterebbe in ciò: la Giunta d'arbitri, per determinare quale fosse la estensione e la misura dei due usi civici, ha tenuto conto dello stato presente delle terre dei signori Sagretti, e quindi del possesso attuale di quei diritti, mentre, secondo la legge, avrebbe dovuto prendere per base lo stato di quelle terre, e il corrispondente ultimo possesso di fatto dei cennati diritti della popolazione su di essi, quali erano anteriormente alle arbitrarie ed illegittime distruzioni delle macchie artatamente operate dai Sagretti e prima e al tempo del giudizio di merito, che precedette quello di liquidazione; ed ha inoltre tenuto conto che il Comune è proprietario di altre macchie sulle quali i cittadini di Barbarano possono provvedere ai loro bisogni, mentre il Comune ha sempre contestato (e risulta dallo stesso decreto del Ministero di agricoltura del 18 gennaio 1897) che sulla sua macchia patrimoniale esista un diritto di legnatico. Contestazione codesta che non può essere risoluta nemmeno *per incidens* in questa sede, sia per mancanza di domanda da parte dei cittadini di Barbarano, sia per mancanza di legittimo contraddittorio, stante l'evidente conflitto d'interessi riguardo ad essa fra l'ente Comune e la popolazione.

L'errore di calcolazione poi consisterebbe in ciò, che la Giunta d'arbitri, pur avendo deliberato di aumentare il valore capitalizzato dal perito Saveri di un quarto della differenza fra il valore stesso e quello risultante dalla controperizia Gambini, non dette poi in realtà il quarto di più in terreni, ma molto meno;

Che, a giustificare il primo motivo di appello, il Comune invoca una prova testimoniale, salvo a disporre in seguito, ove occorra, la peritale, sui seguenti fatti: 1. quali fra le terre possedute dai signori Sagretti Luigi ed Ettore erano in passato macchiose e quali cespugliose; 2. da quanto tempo essi signori Sagretti intrapresero la distruzione delle macchie e dei cespugli; 3. se sia vero che gli utenti esercitavano pacificamente, pubblicamente e con manifesti segni di esercitare un diritto, gli usi di far legna e frasche e di affogliare sotto corona su quelle terre macchiose e cespugliose, e che questo esercizio aveva larga estensione, ma poi venne man mano diminuendo per effetto della distruzione operata da essi signori Sagretti;

Che i Sagretti, dal canto loro, resistono all'appello, osservando che questo, in quanto si fonda sul secondo motivo, è irricevibile, a causa della inappellabilità delle decisioni della Giunta d'arbitri in tema di valutazione dell'indennità, e, in quanto si fonda sul primo motivo, non merita di essere accolto, sia perchè l'ultimo possesso di fatto, di cui parla la legge, non può essere quello che si perde nella notte dei tempi, o risale ad un tempo molto remoto (tempo che non è stato affatto determinato nei capitoli di prova del Comune) sia perchè sulle loro terre fin da epoca remotissima non vi sono state, come non vi sono attualmente che poche piante di alto fusto, su cui la popolazione può esercitare il diritto di affogliare sotto corona, mentre i cespugli non sono che i così detti sterpini, ossia rinascenze di piante, che si riproducono su i quarti di terreno lasciati in riposo, e che il proprietario ha naturalmente il diritto di tagliare e di estirpare negli anni in cui i quarti stessi vengono seminati. Epperò chiedono in via subordinata, qualora, cioè, si faccia luogo alla prova testimoniale invocata dal Comune di essere anch'essi ammessi a provare con testimoni i seguenti fatti:

1. Che i terreni cespugliosi e sterpati non sono che i terreni seminativi sui quali, quando si trovano in riposo, si producono gli sterpi e i cespugli che vengono poi estirpati per diritto del proprietario, quando questi, nello avvicendarsi dei turni di coltivazione, rimette a semina i detti terreni;

2. Che sulle terre di essi signori Sagretti anche fin da epoca antichissima non vi furono, come non vi sono al presente, che rare piante di alto fusto, poste a ragguardevole distanza l'una dall'altra, e che se taluna di queste piante in epoca recente è venuta a mancare, ciò è dipeso da fatto abusivo della popolazione che, senza avervi alcun diritto, ed eludendo la vigilanza dei proprietari, ha abbattuto ed asportato quelle piante.

Osserva *in diritto*: Che per gli art. 1 e 3 della legge abolitiva delle servitù civiche nelle provincie ex pontificie (testo unico, 2 agosto 1891) l'indennità di affrancazione va determinata in base alla estensione e misura dell'ultimo possesso di fatto delle servitù stesse;

Che dalla lettera della legge, dai suoi precedenti storici e dal nessun accenno nei lavori preparatori all'intenzione del legislatore d'introdurre una profonda e radicale innovazione in tema di prescrittibilità di usi civici, si deduce che per *ultimo possesso di fatto* non può

intendersi il possesso attuale, ma quell'ultimo possesso legittimo, anteriore alle arbitrarie restrizioni ed usurpazioni, che possa essere accertàto nella sua estensione e nella sua misura e che si ha quindi ragione di ritenere di essersi sempre in tale estensione e misura conservato, almeno con l'animo e con la volontà, dalla collettività degli utenti;

Che l'estensione dell'uso civico si desume naturalmente dalle maggiori o minori facoltà che esso conferiva ai singoli cittadini e la misura dal modo in cui queste facoltà venivano esercitate, se cioè, fino al loro estremo limite, in guisa da non lasciar nulla al proprietario delle erbe o delle legne di cui i cittadini avessero diritto di usare, ovvero al di qua di questo estremo limite. Il che importa evidentemente una indagine di puro fatto, nella quale non può esercitare alcuna influenza la circostanza di esistere o no nel Comune altre terre o altri boschi gravati di eguale servitù civica;

Che la Giunta d'arbitri non disconobbe in fondo il principio di doversi nella valutazione dell'indennità tener conto dell'ultimo possesso legittimo anzichè del possesso attuale; ma osservò che dagli atti della causa non risultava che lo stato dei terreni Sagretti in un tempo più o meno remoto fosse diverso da quello di oggi, e che quindi l'ultimo possesso legittimo dei diritti civici di legnatico e di affogliare sotto corona sui terreni stessi avesse maggiore estensione del possesso attuale. Se non che il Comune di Barbarano aveva già dedotto innanzi alla Giunta ed ha ripetuto ora in appello, offrendosi anche di darne la prova per mezzo di testimoni, «che i Sagretti, fin da prima che s'iniziasse il giudizio di merito, che ebbe principio nel 1872, ed anche durante quel giudizio, si erano dati a tutt'uomo a distruggere le parti macchiose dei vastissimi loro latifondi appunto allo scopo illegittimo di sottrarre ai naturali il corrispettivo del legnatico; che molte di quelle terre si rivelano spontaneamente all'occhio dell'esperto di loro natura boschive e da non molti anni dissodate, che molte erano state ridotte a macchie così dette serene, e cioè rivestite di alberi disposti largamente, in guisa da consentire che il suolo fosse adibito all'esercizio della semina e dei pascoli; che molte ancora erano cespugliose in guisa da offrire larga provvista di fascine per i focolari domestici. Ora la prova di tali fatti si ravvisa pienamente ammissibile, in quanto che essa tende a porre in essere come l'ultimo possesso legittimo di fatto fosse più esteso di quello attuale e venisse, dal 1872, arbitrariamente ristretto mediante distruzione delle parti macchiose. Non si tratta adunque, come i Sagretti affermano allo scopo di combattere la domanda della prova testimoniale, di fatti che si perdono nella notte dei tempi o del tutto indeterminati. E' vero che il primo e il secondo dei capitoli articolati («quali fra le terre possedute dai signori Sagretti Luigi ed Ettore erano in passato macchiose e quali cespugliose; da quanto tempo essi signori Sagretti intrapresero la distruzione delle macchie e dei cespuglieti») appariscono alquanto indeterminati; ma è vero altresì che ogni determinazione cessa qualora si mettano in relazione col terzo capitolo (in cui si parla di «distruzioni operate dagli stessi signori Sagretti») nonchè con le deduzioni di fatto contenute nella comparsa conclusionale del Comune di Barbarano e che sono state di sopra trascritte. Ad ogni modo, ad eliminare la lamentata indeterminatezza, si può, sulla scorta delle dette deduzioni, dare una forma più precisa ai cennati due primi capitoli;

Che, dovendosi per conseguenza riformare, in base al primo motivo di appello, il capo VI della sentenza della Giunta d'arbitri ed ammettere prima della valutazione dell'indennità pel diritto di legnatico e di affogliare sotto corona sulle terre dei Sagretti la dedotta prova testimoniale, non vi è più ragione di occuparsi dell'ammissibilità o inammissibilità e della fondatezza o infondatezza del secondo motivo d'appello riguardante un errore di calcolo, in cui secondo il Comune sarebbe incorsa la Giunta d'arbitri nell'assegnare in corrispettivo del diritto di legnatico, ettari 24-62-95 di terreno invece di ettari 36-64-46;

Che i Sagretti nel procedere, com'è loro diritto, alla prova contraria, potranno in quella sede dimostrare (senza bisogno di ammetterli ad una distinta prova) la verità dei fatti da loro articolati, e diretti a smentire o a contraddire quelli dedotti dal Comune, il fatto, cioè, che «sulle loro terre fin da epoca remotissima non vi furono, come non vi sono al presente, che rare piante di alto fusto, poste a ragguardevole distanza l'una dall'altra» e l'altro fatto «che i pretesi cespuglieti non sono che i terreni seminativi, sui quali, quando si

trovano in riposo per l'avvicendarsi del turno di coltivazione, si producono gli sterpi e i cespugli»;

Che conviene rinviare ai primi giudici così l'esame testimoniale come gli ulteriori provvedimenti sul merito della causa nonchè sulle spese del presente giudizio d'appello, essendo evidente che, qualora la prova invocata dal Comune fallisse, sarebbe maggiore la colpa sua nell'aver prodotto appello, che quella dei Sagretti nell'averlo combattuto;

Per questi motivi, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

18 luglio 1907 n. 784

Spaziani *Pres.* — Vaccaro *Est.*

Necco (avv. *C. Di Pietro*) contro Cagiati (avvocato *G. Caruso*).

Nei rapporti tra l'operaio e l'industriale tenuto all'assicurazione di esso, la prova che quando l'operaio restò vittima dell'infortunio lavorava per conto dell'industriale può darsi con tutti i mezzi e non col solo libro-paga, specie se in questo manchi la di lui inscrizione e non siano indicate le ore di lavoro (1).

La Corte ecc. — Attesochè dalla prova testimoniale raccolta, invece di risultare l'assunto della ditta Cagiati, cioè che il giorno dell'infortunio il Necco lavorava per proprio conto, emerse che costui lavorava per conto e nell'interesse della mentovata ditta;

Attesochè contro tali risultanze non ha serio valore il fatto che sul libro-paga della ditta Cagiati e sul libretto personale del Necco non sia indicato, come avrebbe dovuto esservi, il numero delle ore di lavoro compiuto da costui il giorno 9 aprile in cui accadde l'infortunio, potendo con maggior fondamento ritenere che tale omissione sia derivata da errore, da negligenza o dal fatto che il Necco, avendo riportato quel giorno delle lesioni, non pensò e non ebbe tempo di far segnare le ore di lavoro e di chiederne il pagamento;

Attesochè, per ogni buon fine, il Tribunale ammise il giuramento decisorio deferito dalla Ditta al Necco per troncare ogni controversia;

Attesochè nulla vieta al magistrato di variare la formola del giuramento, allo scopo di renderla più chiara e concludente, e di togliervi quanto può esservi d'inutile ed equivoco;

Attesochè la variazione introdotta dal Tribunale alla formola del giuramento proposta dalla ditta Cagiati, togliendone la seconda parte, è da approvarsi in quanto che l'avere o il non avere il Necco ricevuto o chiesto, il giorno dell'infortunio, il pagamento del lavoro eseguito non può produrre alcun effetto sulla decisione della controversia fra i contendenti;

Dato infatti, che il Necco confessasse di non aver nè chiesto nè ricevuto il pagamento di cui trattasi, da ciò non discenderebbe la conseguenza che vuol trarne la ditta Cagiati, cioè, che dovendo attribuirsi a questa trascuranza del Necco se non fu assicurato presso la Società *La Zurigo*, egli deve sopportarne le conseguenze, perdendo ogni diritto all'indennità;

La ditta non ha considerato che, indipendentemente dalla richiesta del Necco, essa aveva l'obbligo, giusta gli articoli 30 della legge e 25 del regolamento sugli infortuni degli operai sul lavoro, di tenere in corrente e con la maggiore esattezza il libro-paga; e che perciò l'equivoco, nel quale essa sarebbe caduta per non avere il Necco richiesto il pagamento il giorno in cui accadde il sinistro, non potrebbe condurre ad altro che ad escludere tutt'al più in altra sede le maggiori responsabilità della ditta stessa per non avere rinnovata l'assicurazione del Necco, e non di far perdere a costui il diritto di essere risarcito del danno sofferto;

---

(1) E' senza dubbio questa la prevalente giurisprudenza (cfr. Trib. civ. Napoli 6 aprile 1906, *Riv. infort.* 1906, 316; Trib. civ. Milano 15 aprile 1907, *id.* 1907, 692; Cass. Firenze 27 aprile 1907, *id.* 1907, 495), ma non riteniamo che sia da dire altrettanto nei rapporti dell'istituto assicuratore, come più volte abbiamo accennato (cfr., da ultimo, le note a pag. 524, anno 1906, e a pag. 181, anno corr., di questa Raccolta).

Per noi la disposizione dell'art. 27 del Regolamento 13 marzo 1904 n. 14 non è costituzionale per ciò che riguarda gli effetti della mancata o irregolare tenuta del libro-paga. Tale tesi è stata pur adottata recentemente dal valoroso avv. CARNELUTTI nel suo scritto: *Funzione dei libri di matricola e di paga nell'assicurazione collettiva contro gli infortuni sul lavoro* (*Riv. di dir. comm.* 1907, 2, 416-430). Ma di ciò forse dovremo occuparci *ex professo* in uno dei fascicoli della ventura annata.

Che se, poi, con l'ultima parte della formola del giuramento la ditta Cagiati tendesse a definire i suoi rapporti colla Società d'assicurazione *La Zurigo*, a prescindere che la circostanza di non aver chiesto il Necco il pagamento non potrebbe liberare la Ditta stessa dall'obbligo già assunto di rilevare quella Società da ogni molestia, vi sarebbe sempre da opporre il disposto dell'art. 1373 cod. civile, secondo il quale il giuramento decisorio non produce alcun effetto verso i terzi; e perciò, tanto per l'una quanto per l'altra ragione, la circostanza contenuta nella seconda parte della formola del giuramento deferito al Necco fu giustamente soppressa;

Per questi motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

3 settembre 1907, n. 875.

Spaziani *Pres.* — Bonelli *Est.*

Società Alti Forni di Terni (avv. *G. Gerra*) contro Capuano (avv. *A Montani*).

Nessuna disposizione delle nostre leggi accomuna la locazione d'opera, intercedente tra la pubblica amministrazione e i suoi impiegati, alla locazione d'opera intercedente fra le grandi Società industriali e gli impiegati loro: quindi non si può estendere a questi ultimi il concetto della stabilità dell'impiego che è particolare ai primi (1).

La stabilità dell'impiego presso una grande Società industriale (nella specie, la Terni) non può desumersi nè dalla pianta organica del personale o dal quadro e prospetto generale di servizio, se con ciò si ebbe il solo scopo di dare migliore assetto al servizio amministrativo; nè dalla promessa di avanzamento ai più meritevoli, se l'accertamento del merito è in balìa della Società; nè dalla istituzione di una Cassa di previdenza, se la Società non ha l'obbligo giuridico di sussidiarla (2).

Gli impiegati, quindi, di una di coteste grandi Società non hanno diritto, in caso di licenziamento ad nutum *della Società, se non ad un congruo indennizzo, alla stregua degli usi e secondo il prudente criterio del magistrato* (3).

La Corte ecc. — Tutta la questione della causa consiste nel vedere se nel contratto interceduto tra il Capuano e la Società degli Alti Forni di Terni fosse insito o no il carattere della stabilità dell'impiego, dappoichè solo nella prima ipotesi sarebbe giustificato il diritto del Capuano al risarcimento dei danni per essere stato senza giusti motivi licenziato, mentre, nella seconda ipotesi, dovrebbe accogliersi la tesi della Società, che cioè essa era in facoltà di risolvere il contratto, salvo il pagamento di quella congrua indennità che, alla stregua degli usi e della equità, venne in altri analoghi giudizi, determinata in due annualità di stipendio, e che la Società è disposta a pagare.

Considerato che è norma generale di diritto che la locazione d'opera fatta senza determinazione di tempo può essere risoluta *ad nutum*, salvo il diritto del locatore ad un equo compenso, e non esiste nella nostra legislazione alcuna norma speciale che, in deroga al diritto comune, riconosca ed attribuisca carattere di stabilità al rapporto contrattuale, sol perchè la locazione invece che tra privati individui venga stipulata con grandi Società industriali o commerciali, per quanto vasta e importante possa essere la loro organizzazione.

(1-3) Gli studiosi facciano gli opportuni raffronti tra questa decisione e quella, revocata, 7 giugno 1907 del Trib. civ. Roma, est. FORMICA (nostra Raccolta, anno corr., pag. 284, con nota di A. TEDALDI).

Sul preavviso di licenziamento nel contratto di lavoro si consulti l'articolo del prof. Eliseo A. PORRO, in *Mon. trib.* 1907, pag. 3. Per la giurisprudenza si veggano, da ultimo: A. Catania 27 luglio 1906, *Giur. cat.* 1906, 211; A. Napoli 19 marzo 1907, *Riv. crit. di dir. e giur.* 1907, 7; A. Venezia 7 febbraio 1907, *Mon. trib.* 1907, 391; A. Bologna 4 marzo 1907, *Temi* 1907, 651; Trib. civ. Milano 7 giugno 1907, *Mon. trib.* 1907, 654.

Intorno alla validità dell'obbligo di prestazione d'opera con clausola penale in caso di inadempimento ha scritto recentemente il prof. F. S. GARGIULO, in *Indice giur. di Modica*, 1907, 8.

Del licenziamento collettivo in tema di contratto di lavoro si è occupata nell'anno decorso l'A. Napoli (decisione 7 agosto 1906, in *Foro ital.* 1907, 1, 36, con nota critica di L. BARASSI). La stessa decisione può vedersi annotata da E. REDENTI in *Riv. dir. comm.*, 1907, 2, 145.

Può bene ammettersi che in genere il concetto della stabilità del vincolo convenga e si addica meglio alle locazioni intercedenti tra siffatti Enti giuridici e i loro impiegati, che non a quelle comuni e ordinarie, ma questa convenienza potrebbe esser tema di discussione per una eventuale riforma legislativa che disciplinasse con apposite norme quella specie di locazione che la dottrina e la pratica conoscono sotto il nome di contratto d'impiego, non già per sottrarla all'impero del diritto costituito, ricorrendo ad argomenti di analogia col rapporto intercedente tra le pubbliche amministrazioni e i loro impiegati, rapporto improntato a vedute d'interesse generale e disciplinato, nei vari casi, da appositi e ben dettagliati regolamenti.

Tutto ciò in sostanza non disconosce nemmeno la difesa del Capuano, la quale, pur ponendo a caposaldo della sua tesi l'affermazione che il contratto d'impiego presso una grande amministrazione importa, per la stessa sua natura ed essenza, un vincolo a tempo determinato, duraturo per tutta la vita del locatore, ha sentito la necessità di affidare la dimostrazione della asserita stabilità dell'impiego ad una serie di presunzioni e di argomenti che per altro, per quanto ingegnosamente e con abile dialettica prospettati, non valgono, a giudizio della Corte, a suffragare il suo assunto.

Che, risalendo all'origine del rapporto contrattuale in esame, è troppo chiaro che nel 1885, quando il Capuano fu assunto nell'impiego, la sua posizione non poteva essere che affatto precaria, nulla essendovi che, in mancanza di una clausola espressa, potesse far presumere l'obbligo nella Società di assumerlo stabilmente in servizio. Se il Capuano, abbandonando la carriera militare, potè fare affidamento sulla stabilità dell'impiego che andava a cuoprire presso la Terni ciò si traduce in una speranza da lui concepita, non in un diritto acquisito, il quale presuppone un obbligo correlativo che nè la Terni assunse nè il Capuano ebbe la coscienza di farle assumere.

Data la indeterminatezza iniziale del contratto, e con essa la facoltà della Terni di licenziare *ad nutum* il Capuano, occorre vedere se questi abbia potuto acquistare in seguito quella stabilità che prima non aveva e siasi mai formato tra le parti un *vinculum iuris* che abbia trasformato in diritto quella che pel Capuano non potè essere che una speranza. Tale trasformazione si sarebbe operata, secondo l'assunto dell'attore, mediante la istituzione della *pianta organica* del personale amministrativo, deliberata dalla Società e comunicata ai suoi impiegati il 29 gennaio 1889 e nell'applicazione della quale il Capuano fu nominato *applicato di prima classe*.

A torto peraltro si sostiene che la istituzione di siffatta pianta organica implicasse concessione agli impiegati, e tra essi al Capuano, di quella stabilità d'impiego che prima non avevano, mentre è evidente che con quel provvedimento la Società altro fine non si propose che quello di dare stabile assetto al servizio amministrativo colla formazione dell'organico del personale, ripartendolo in classi, e assegnando a ciascuna classe un dato numero di posti, provvedimento che non usciva dall'ambito dell'ordinamento interno della Società. Di guisa che la comunicazione dell'organico agli impiegati, e l'applicazione a ciascuno di essi fattane non poteva implicare riconoscimento o concessione di stabilità dell'impiego, nè quindi rinunzia da parte della Società alla facoltà del licenziamento *ad nutum*. Che se dei diritti poterono sorgere da ciò, questi tutto al più si riferirebbero, come già ebbe a rilevare questa Corte nella sua sentenza in causa Capon, alla misura dello stipendio e alle condizioni della carriera, rispetto a quelli, s'intende, che fossero stati mantenuti nell'impiego.

Nè a diverso avviso può condurre l'avvertenza che si legge a tergo della cennata pianta organica, che cioè i posti che in avvenire si sarebbero resi vacanti nelle classi superiori sarebbero stati assegnati *ai più meritevoli*. Di questo affidamento di promozione si fa forte la difesa del Capuano per escludere la precarietà dell'impiego, che dice inconciliabile col diritto dell'impiegato all'avanzamento. Ma il vero si è che quella allusione vaga e generica *ai più meritevoli* si traduceva in un affidamento morale, anzichè giuridico, dal momento che (contrariamente al sistema seguito dalle pubbliche amministrazioni all'esempio delle quali si vorrebbe ricorrere) non si accennava ad alcuna norma obbiettiva e controllabile da seguirsi per l'accertamento del merito indicato come ragione di preferenza nelle promozioni: il che significa che in sostanza la scelta dei promovibili era rimessa all'arbitrio della Società, la quale, quindi, col detto affidamento non venne a rinunziare alla facoltà che aveva di congedare i suoi impie-

gati. E non è vero che l'affidamento, anche morale, delle promozioni per merito non potesse essere suscettibile di effetto pratico senza la garanzia della stabilità, poichè, anche nella ipotesi che la Società avesse voluto disfarsi di qualche impiegato per sue ragioni particolari, il criterio di scelta e di preferenza poteva sempre sperimentarsi nei riguardi del personale rimasto in servizio al verificarsi della vacanza.

Che le circostanze, dal Capuano invocate per dare alla istituzione della pianta organica il carattere di un contratto avente per oggetto di provvedere alla stabilità degli impiegati, non hanno tale valore da raggiungere il voluto effetto.

Il prospetto dello stato del personale pubblicato nel 1903, come pure il foglio di matricola di ciascun impiegato, accennano bensì al concetto di stabilità colle frasi *pianta stabile, assunzione in servizio stabile,* ma è troppo evidente, nonostante gli sforzi che si fanno per dimostrare il contrario, che la stabilità di cui è parola si riferisce al servizio e non alle persone degl'impiegati: si allude in altri termini al carattere permanente dell'organico, vale a dire alla determinazione delle qualifiche e del numero dei posti in cui era ripartito il servizio, e non ai diritti di chi li cuopriva.

E acutamente osserva la difesa della Società che la frase *servizio stabile* non equivale all'altra *impiego stabile*: la prima, infatti, ha un significato meramente obbiettivo, riguarda propriamente la funzione a differenza della seconda che prende di mira piuttosto il rapporto contrattuale tra conduttore e locatore. Collo stabilire quali e quanti posti dovessero rimanere continuamente coperti (nel che si riassume la sostanza e la finalità dell'organico) la Società provvide alla stabilità del servizio, ma non si vincolò a mantenere costantemente in quei posti le stesse persone, non garantì, cioè, la stabilità dell'impiego. E' troppo naturale, del resto, che data la ripartizione fra impiegati in pianta stabile (organico) e avventizi, e data la limitazione dei benefici indicati e risultanti dalla pianta organica ai soli impiegati in essa collocati, la Società dovesse tenere un quadro generale e un prospetto individuale che constatassero le condizioni personali di età e carriera di ciascun impiegato, per tenerne quel conto che si era riservato di tenerne, a suo prudente arbitrio, nelle promozioni, gratificazioni ed altri simili provvedimenti, non già per riconoscere o attribuire diritti inerenti alla durata dell'impiego.

Nè con miglior fondamento s'invocano la istituzione e lo statuto della Cassa di previdenza a favore degli impiegati, a riguardo della quale l'abile difesa del Capuano riproduce l'argomento già addotto in ordine alla pianta organica, che cioè, essendo la Cassa di previdenza, quale surrogato della pensione, preordinata a provvedere ai bisogni degli impiegati e delle loro famiglie, la istituzione sarebbe stata un'amara ironia, se l'impiegato si fosse potuto da un momento all'altro licenziare. La osservazione potrebbe avere peso se la Società avesse assunto l'obbligo assoluto e incondizionato di sussidiare la Cassa di previdenza, poichè potrebbe dirsi che sarebbe stato agevole ad essa sottrarsi allo adempimento di siffatto obbligo col disfarsi anzitutto dei suoi impiegati. Ma non è così, perchè, invece la Società stabilì espressamente il carattere meramente precario e *spontaneo* del suo *contributo* (articolo 6 lettera *b* dello statuto) e di tale precarietà diedero esauriente spiegazione i suoi commissari, rilevando la insussistenza di *qualsiasi obbligazione giuridica* da parte della Società, e il carattere soltanto *morale dell'affidamento* che essa porgeva. Di guisa che ben può dirsi che la precarietà del concorso della Società alla Cassa di previdenza, accordato a titolo di mera liberalità, rispecchia la precarietà della posizione degl'impiegati, invece di presupporne la stabilità. Ma poi, non è esatto il dire che col licenziamento *ad nutum* i partecipanti venissero a perdere i benefici loro spettanti, imperocchè il contrario si evince dal capoverso 3 dell'articolo 12 dello statuto il quale riconosce al partecipante, che cessi dall'impiego *per fatto non proprio*, il diritto di libera disponibilità dei suoi crediti in qualunque momento la cessazione avvenga. Ora nel *fatto non proprio* di cui nella cennata disposizione non può non comprendersi anche il licenziamento *ad nutum*, come termine antitetico alla cessazione dal servizio sia per limiti di età o di carriera (art. 12 prima parte), sia per l'*abbandono volontario*, o *licenziamento per motivi diversi* (art. 15). Cosicchè anche sotto questo aspetto avvisa la Corte che lo statuto, anzichè escludere, presupponga la facoltà del licenziamento *ad nutum*.

Ma vi ha di più. Lo statuto in esame, mentre limitò il diritto di partecipazione alla Cassa di previdenza ai soli impiegati e capi ope-

rai *aventi carattere di stabilità*, ebbe cura di soggiungere che tali erano quelli che percepissero *uno stipendio almeno mensile sul bilancio della Società*. — E sarebbe inutile, anzi incivile, andar ricercando un'altra definizione del concetto di stabilità cui lo statuto alludeva, quando essa era data dallo statuto stesso, il quale col riportarsi al criterio della *fissità* dello stipendio venne a ribadire che la stabilità si riferiva alla funzione non già al rapporto personale tra l'impiegato e la Società.

La difesa del Capuano, che davvero nulla ha trascurato di quanto potesse giovare alla sua causa, trae una presunzione favorevole al suo assunto anche dall'art. 4 del regolamento approvato il 16 dicembre 1904, col quale, dopo essersi diffidati gl'impiegati che non avessero voluto accettare le disposizioni di quel regolamento, a dichiararlo espressamente entro il 31 dicembre 1904, soggiunge: « *tale dichiarazione equivarrà a rinunzia all'impiego* ». Dall'avere la Società fatto allusione alla rinunzia, invece di comminare il licenziamento, arditamente si desume che la Società era convinta di non avere la facoltà di licenziare i suoi impiegati. Ma è evidente come le due espressioni *rinunzia* e *licenziamento* si equivalgano, l'una esprimendo in forma meno rude lo stesso concetto dell'altra, di non potersi cioè conciliare la permanenza degli impiegati presso la Società, senza l'accettazione del nuovo regolamento. Nè lo avere la Società all'art. 2 del detto regolamento espressamente dichiarato essere la durata del contratto indeterminata, basta a far ritenere che tale non fosse anche in precedenza. Certo avrebbe fatto meglio la Società ad adottare norme più esplicite fin da principio, per disciplinare i suoi rapporti col personale dipendente; ma l'avere indugiato a farlo non può implicare riconoscimento della stabilità dell'impiego in rapporto al personale già in carica.

Considerato che niuna efficacia probatoria può attribuirsi alle dichiarazioni rilasciate dagli ex-direttori commissari Casalini e Sigismondi, inattendibili in rito perchè sfornite dei requisiti richiesti dalla legge, per la prova testimoniale, irrilevanti nel contenuto perchè fanno capo ad apprezzamenti che per quanto autorevoli non vincolano la Società, nè possono valere come fonti d'interpretazione autentica dei suoi statuti e regolamenti.

Per lo stesso riflesso irrilevante si ravvisa la prova testimoniale chiesta per porre in essere quali furono le intenzioni del comm. Casalini nell'introdurre e redigere l'organico del 27 gennaio 1889, poichè a nulla valgono gl'intendimenti reconditi di chi propone o redige un regolamento quando le disposizioni positive di questo non rispondono agli intendimenti stessi.

Irrilevante del pari è l'interrogatorio ammesso dal Tribunale perchè, data pure la conformità della prodotta copia del foglio di matricola al suo originale, non ne rimarrebbe in alcun modo suffragato, giusta quanto già fu detto, lo assunto del Capuano.

Per questi motivi, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

14 settembre 1907 n. 896

Spaziani *Pres.* — Gatti *Est.*

Cassani (avv. *L. Manzia*) contro Pollastrini (avv. *A. Lulani*) e Sirletti (avv. *A. Montani*).

La trascrizione di una convenzione presso l'ufficio ipotecario non influisce in alcun modo sul valore giuridico e sulla efficacia della convenzione stessa (1).

La promessa unilaterale di vendere non vale vendita, e quindi, anche se trascritta, essa importa solo un'obbligazione personale pel promittente, il quale, se vi contravviene vendendo la cosa ad altri, potrà esser tenuto al risarcimento dei danni, ma l'acquisto fatto dal terzo è pienamente valido ed il promissario nessun'azione ha verso il compratore (2).

La Corte, ecc. — Considera che la questione che in questa causa doveva essere, e fu, larga-

---

(1) Indubbiamente. Cfr. per qualche rapporto F. RICCI, *Corso teorico-pratico di dir. civ.*, volume X, n. 29, pag. 55, nonchè Cass. Firenze, 30 luglio 1906, est. BERGAMASCHI, in *Cass. Firenze* 1907, 442.

(2) La Corte di appello conferma, così, la sentenza 17 agosto 1906 del Trib. civ. Roma, est. FAGGELLA, pubblicata in questa Raccolta, anno 1906, pag. 536, con richiami in nota.

Cons. anche RICCI, citato nella precedente nota, vol. X, n. 5.

Va avvertito che, mentre l'A. Firenze 8 maggio 1906, est. GERMANO (*Cass. Firenze* 1906, 407), ritiene che anche la vera promessa bilaterale di

mente dibattuta, è la seguente: la deliberazione assunta dalla defunta Maria Sirletti, e conseguentemente opponibile ai successori di lei a titolo universale, di preferire, a parità di condizioni, nella vendita eventuale del secondo appartamento l'acquirente dell'altro appartamento contiguo, è ad un tempo opponibile ai successore a titolo particolare, il quale abbia debitamente trascritto il proprio titolo? La risposta affermativa è subordinata a due condizioni: l'una è relativa alla finalità del negozio giuridico che si contiene nel patto, l'altra, di carattere esteriore, è relativa alla formalità della trascrizione.

La seconda condizione ricorre indubbiamente, ed il Tribunale, avvisando altrimenti, è caduto in un errore di fatto. Perchè le indicazioni, che si rinvengono nella nota di trascrizione, non lasciano intorno all'immobile, che fu oggetto della convenzione, alcuna dubbiezza, e molto meno l'assoluta incertezza, che sola conduce alla invalidità della trascrizione (articolo 1940 C. c.).

Ma la trascrizione non influisce in alcun modo sul valore giuridico e sulla efficacia della convenzione. Onde, se questa non è traslativa di dominio, non diverrà tale solo perchè sia stata trascritta, come avviene, per esempio, della donazione che non siasi ancora accettata (art. 1050 e 1062 Cod. civ.).

E questa è appunto l'altra condizione che conviene ricorra nel caso in esame: conviene cioè, che si rinvenga nella obbligazione, assunta da Maria Sirletti ed accettata dal Cassani, la *translatio in alium* dell'immobile, perchè, se lo immobile non era ancora uscito dal patrimonio dell'una ed entrato in quello dell'altro nel giorno che fu trasferito a titolo oneroso al Pollastrini, e l'alienazione si rese perfetta con la trascrizione, non sorgerà conflitto tra due diritti della identica natura reale eliminabile dalla priorità della trascrizione, e il Cassani, avendo per sè un semplice contratto di obbligazione, potrà soltanto rivolgersi per l'*id quod interest* ai successori a titolo universale dell'obbligata con un'azione meramente personale, se non ebbe l'accorgimento di provvedersi di una garanzia reale.

Ora, nella promessa unilaterale di vendere, si rinviene il doppio concetto giuridico essenziale al trasferimento testè enunciato, ossia il distacco di una ragione dalla nostra sfera giuridica e l'adesione di essa alla sfera giuridica altrui? No, evidentemente; perchè la unilateralità della promessa non procede dal difetto di accettazione, senza cui mancherebbe persino il contratto di obbligazione, ma dal difetto della promessa di comprare, dal fatto, cioè, che colui, al quale venne fatta la promessa di vendere, non avendo ancora manifestata la volontà di comprare, ha impedito che il trapasso si sia integrato nel suo secondo ed essenziale momento, dell'attribuzione della cosa ad altri.

E' noto che i negozi giuridici si distinguono per il loro contenuto in reali e personali o di obbligazione, e in unilaterali e bilaterali, secondo che è necessaria per la loro esistenza la dichiarazione di volontà di una sola persona o si richieggono dichiarazioni convergenti di più persone. Ed è ancora noto che la vendita è il negozio in cui è più spiccata la efficacia reale, avendo per iscopo l'attribuzione del più importante diritto reale, quale è la proprietà, ed in cui la intenzione, di fare uscire dal nostro patrimonio la cosa per un corrispettivo, richiede necessariamente la correlativa intenzione in altri di far propria la cosa mercè quel correspettivo. Ma nella promessa di vendere, cui non abbia tenuto dietro la promessa di comprare, manca l'uno e l'altro carattere. Quello della realità, perchè il promittente si obbliga ad un determinato comportamento, sia pure di trasmettere la cosa al promissario, ma non fa la cosa oggetto immediato del negozio giuridico. Quello della liberalità, perchè il consenso del promissario si arresta all'accettazione della promessa. E' così vero che la promessa unilaterale di vendere non vale vendita e che in questo stadio il promittente non ha azione verso il promissario per costringerlo a far sua la cosa concessagli, ed il pro-

vendita non può valere vendita, l'A. Venezia 25 luglio 1907, est. TOMBOLAN-FAVA (*Id.* 1907, 668), riconosce efficacia di porre in essere una vendita alla promessa unilaterale di vendere, quando essa venga accettata dall'altra parte.

Si vegga la nota di M. CECCHI che accompagna nella *Cassazione di Firenze* la decisione della Corte fiorentina.

Cons. pure, per un caso di conflitto tra una promessa di vendita ad una persona e la vendita effettiva ad un'altra, la decisione della Cass. Firenze 30 luglio 1906, in *Cass. Firenze* 1907, 442.

missario non ha azione verso il promittente per chiedere la tradizione della cosa, ma soltanto può domandargli che la vendita si stipuli, qualora la cosa sia tuttora nel patrimonio di lui.

Per sfuggire alle conseguenze disastrose che gli derivano dalla esclusione dal contratto di vendita il Cassani dà la qualificazione di vendita condizionale al patto « se io venderò, tu, se vuoi, sarai il compratore ». Indi vede in esso la costituzione di una servitù urbana, di cui la parte vendutagli dell'appartamento rappresenta il fondo dominante e quella promessagli il fondo servente. Da ultimo stima sottoposta a condizione risolutiva la vendita del secondo appartamento, alla condizione cioè che egli non manifesti la volontà di avvalersi del patto di preferenza.

Ma la seconda escogitazione non si concilia con i principî innanzi ricordati circa la essenza del contratto di vendita, e conseguentemente, della costituzione di una servitù per il fatto dell'uomo, la quale ha per oggetto il frazionamento del dominio tra proprietari diversi, e quindi richiede una mutua ed attuale manifestazione di volontà, e un mutuo ed attuale vincolo obbligatorio a somiglianza dell'*emptio venditio*.

La terza avrebbe fondamento nella ipotesi che non mancasse di sostrato giuridico la prima, nel caso cioè che il patto stipulato e trascritto a pro del Cassani, contenga davvero una vendita sotto condizione sospensiva. In questo caso, l'avveramento della condizione condurrebbe *necessitate iuris* alla risoluzione della vendita fatta ad altri, se pur trascritta, in pendenza della condizione.

Basta, però, soffermarsi alla proposizione definitiva, in cui il Cassani sintetizza la convenzione, per acquistare la persuasione che non vi fu vendita condizionale. Nella locuzione «*se io venderò l'altra parte della mia casa, tu se vorrai ne sarai il compratore*» si contiene da parte del promittente una limitazione di volontà, la quale, non essendo puramente potestativa, importa una vera condizione (nel caso che io venda) e da parte del promissario una limitazione meramente potestativa (comprerò, se vorrò comprare), e quindi, più che la limitazione, l'assenza della volontà. Se il patto, che deve rendere col suo consenso efficace una dichiarazione di volontà, è rimesso al solo arbitrio del dichiarante, non vi ha dichiarazione vera di volontà, e quindi manca il negozio giuridico che in quella dichiarazione dovrebbe trovare il suo presupposto. Chi dichiara di volere, *se vorrà*, nel momento che dichiara non vuole ancora.

Bene si è detto che il negozio giuridico condizionato non contiene una doppia dichiarazione di volontà, l'una pura e semplice e l'altra condizionata, ma una sola ed unica volontà in cui è inclusa la condizione. Ciò, tuttavia, non esclude che la condizione aderisca alla volontà, e per aderirvi, nel fine di limitarla o modificarla, la presuppone. La condizione è una limitazione accessoria che la volontà di obbligarsi impone a sè stessa, ma non può involgere la originaria volontà di obbligarsi.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

15 luglio 1907, n. 1595

Faggella, *Pres.* — De Ficchy, *Est.*

Haas (avv. *T. Carletti*) contro Banca commerciale italiana (avv. *O. Santarelli*).

E' di carattere personale mobiliare il diritto che ha il proprietario di un fondo sul tesoro ivi nascosto (1).

Di conseguenza è pur di carattere personale mobiliare l'obbligazione che il compratore di un fondo assume, di fronte al venditore, di consegnare a questo gli eventuali tesori nascosti nel fondo, e tale obbligazione non passa a carico di coloro che successivamente comprino il fondo libero da ogni peso (2).

Il Tribunale, ecc. — A combattere l'assunto della domanda attrice si deduce dalla Banca commerciale italiana che l'art. 4 del rogito Zerboglio 23 dicembre 1886 non contenga a fa-

---

(1-2) Sul fondamento del diritto al tesoro e sulla natura di cotesto diritto può consultarsi: GABBA, *Questioni di diritto*, vol. I, pag. 171; RICCI, *Corso di dir. civ.*, vol. V., n. 307 e seg.; Cass. Palermo 9 aprile 1874 (importante sentenza), in *La giur. sul cod. civ.*, Roma, Camera dei deputati, 1892, sotto l'art. 714, n. 1; ecc. ecc. Cons. anche la nota che si legge in questa nostra Raccolta, annata 1906, pagine 518-519.

Come e quando possa dirsi scoperto un tesoro è questione controversa tra l'A. Roma 28 luglio 1906 (nella presente Raccolta, anno 1906, pag. 518) e il prof. Francesco FERRARA. La suggestiva monografia di questi, col titolo. — *Il carattere della scoperta nell'acquisto del tesoro* — fu pubblicata dal *Foro italiano*, anno 1907, I, 54-61.

vore dello Spithöver alcuna riserva di proprietà delle antichità ed oggetti di pregio che si sarebbero rinvenuti nell'area da lui venduta agli Scipioni, ma include soltanto una obbligazione personale da costoro assunta verso lo Spithöver, il cui adempimento, per difetto di qualsiasi elemento di realità, non può ora domandarsi nei rapporti della convenuta.

Tale eccezione si appalesa senza dubbio fondata, ove si tenga presente la natura del diritto che il venditore Spithöver stipulò a proprio favore col patto sovra citato. Trattasi infatti di un rapporto di diritto personale mobiliare includente la obbligazione dei compratori Scipioni di consegnare allo Spithöver tutti gli oggetti mobili che sarebbero stati rinvenuti nella esecuzione degli scavi del terreno da essi acquistato. Ora, per stabilire la natura giuridica di tale obbligazione, premesso che le cose mobili di pregio, cui la clausola sopraddetta riferivasi, costituissero obbiettivamente tesoro, in quanto che riguardavano oggetti mobili di pregio, nascosti o sotterrati, di cui nessuno poteva provare di essere proprietario, è bene, per la risoluzione della presente controversia, precisare quali fossero i diritti che su di essi potesse vantare lo Spithöver all'atto della stipula della vendita. Che a costui competesse un semplice diritto personale all'acquisto del tesoro non pare al Collegio discutibile. Ciò discende logicamente dalla natura stessa del diritto sul tesoro, diritto essenzialmente personale su cose mobili che non racchiude in se nessun elemento di realità. Infatti qual si voglia ritenere il fondamento del diritto al tesoro, si acquisti questo in virtù dell'occupazione, come insegna la tradizione storica e fu considerato dal patrio legislatore che pose l'acquisto del tesoro fra i casi di acquisto per occupazione, e lo si consideri invece quale un modo speciale di acquisto *ex lege*, non può disconoscersi giuridicamente questo principio: che il proprietario del fondo, in cui viene rinvenuto il tesoro, non può mai vantare prima dello scoprimento alcun diritto reale su di esso, essendo insito nella natura stessa del tesoro il concetto che questo si acquista nel momento in cui è scoperto.

Trattasi di un acquisto nuovo e distinto dal titolo per cui venne originariamente acquistato il fondo, onde non può concepirsi un diritto preesistente alla invenzione. Il tesoro non può considerarsi parte del fondo in cui si trova; ha una individualità propria e distinta che non si confonde con l'immobile che lo nasconde e lo contiene; e tale individualità distinta esclude il diritto del proprietario del fondo quale diritto accessorio della proprietà immobiliare: da ciò deriva il carattere mobiliare del diritto al tesoro.

Che all'acquisto del tesoro non basti l'*animus* del proprietario del fondo di considerarsi padrone di tutto quanto il fondo contiene, e di vantare quindi un diritto, almeno potenziale, alla proprietà del tesoro, il cui esercizio soltanto resti subordinato alla condizione ed al momento del rinvenimento, ma che occorra il requisito essenziale del possesso, della *contrectatio*, è universalmente insegnato dalla tradizione storica, la quale ci addimostra che l'estremo della contrettazione od almeno della possibilità della contrettazione in qualsiasi istante fu sempre richiesto come elemento sostanziale dell'*acquisto* del tesoro. Leggesi nei testi: « Si quis merces in horreo repositas vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem », L. 9, par. 6, Dig., XLI, 1. «Et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint», L. 1, par. 21, Dig., XLI, 2. «Thesaurus meus in tuo fondo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait: quia neque possideres eum, neque dolo feceris, quo minus possideres», L. 15 *ad exhibendum, Dig.*, X, 4. « Cum si alius in meo condidisset (pecuniam), non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem, supra terram adeptus fuissem », L. 44 pr., *de poss.*. Dig., XLI, 2. « Neratius et Proculus solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simulatque possidendi affectum habuero: quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum quamvis fundum possideat. Sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam putant, Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra, quibus consentio », L. 3, par. 3, *de posses.*, Dig., XLI, 2.

E l'estremo del possesso, che trova esplicito riconoscimento nei citati passi del *Digesto*.

venne sempre ritenuto elemento indispensabile per l'acquisto del tesoro. Questo è l'insegnamento di Cuiacio: «Thesauri dominium aut possessio nullius est, sed potest adquiri, et plerumque adquiritur ei qui eum invenitur, et quasi divino munere», libro XXIII, *Quaest. Papin., ad l. 44 de adquir, vel amitt. possessione;* occorre adunque l'*inventio* per l'acquisto che ha luogo *quasi divino munere*. E l'Hotomano nei *IV libri Insit., ad libr.* 2, 29, così si esprime: «An thesaurum invenisse dicatur, is qui scit eum certo in loco latere, quamvis eum nondum effoderit. Responderi potest: Inventionis duas esse partes: scientiam et prehensionem»: è richiesta quindi non solo la conoscenza della esistenza del tesoro, ma è altresì elemento essenziale la presa di possesso. Ed il Voet, *ad Pandectas*, lib. 41, tit. 1, n. 9, scrive:

«Inventio quoque occupationis species est, ad quam non sufficit, quod quis non viderit aut sciat quo in loco sit, sed necesse est ut loco moverit seu adprehenderit». Per cui la scienza del luogo ove è nascosto o sotterrato il tesoro non basta per l'acquisto di esso, ma è necessario che da quel luogo venga rimosso ed appreso, e, finchè ciò non ha luogo, il tesoro è *res nullius*, di cui niuno può disporre in quanto non può vantare su di esso alcun diritto..

Fissati questi concetti, deve concludersi che lo Spithöver, allorquando nel 1886 alienò ai fratelli Scipioni l'area in cui venne rinvenuta la statua che ora vuolsi rivendicare, non vantava su di questa alcun diritto reale, attuale o futuro; egli non ne aveva il possesso in virtù dell'accessione, in quanto che il tesoro ha una individualità distinta dall'immobile che lo nasconde e non ne è l'accessorio; non ne aveva acquistato il possesso per occupazione, in quanto il tesoro non era stato scoperto, e non è concepibile occupazione di ciò che non può cadere sotto i sensi, nè è suscettibile di una materiale apprensione.....

Vuolsi considerare inoltre che l'assoluto difetto nello Spithöver di un diritto reale sui tesori non ancora scoperti può dedursi dal contenuto stesso del diritto reale, il quale, avendo efficacia essenzialmente negativa, obbliga coloro che si trovano di fronte al titolare di esso ad astenersi da qualsiasi o da una determinata azione sulla cosa, laddove nella specie il contenuto del diritto stipulato dallo Spithöver a proprio vantaggio aveva carattere precipuamente personale, in quanto obbligava gli Scipioni ad una determinata prestazione, alla consegna cioè allo Spithöver degli oggetti che nell'area sarebbero stati rinvenuti. Lo Spithöver che nel 1886 non aveva la libera disponibilità del tesoro nascosto nel fondo da lui posseduto, che non poteva vantare alcun diritto reale su quel tesoro, non avea facoltà di stipulare riserve di dominio, non essendo ammissibili riserve di dominii, non costituiti, su cose che non sono ancora entrate a far parte del patrimonio individuale.....

Giova infine osservare che la natura personale della obbligazione assunta dagli Scipioni può stabilirsi con altri rilievi e considerazioni. Anzitutto la possibilità dell'adempimento di tale obbligazione era subordinata non solo alla condizione della invenzione o scoprimento dell'oggetto mobile di pregio, ma altresì alla volontà del compratore di eseguire gli scavi, scavi che questi avrebbe potuto non eseguire giammai; ora non è concepibile la riserva d'un dominio là dove per l'esistenza della cosa che ne forma l'oggetto sia necessario un fatto volontario dell'obbligato. Tale condizione è in assoluto contrasto con la natura del diritto reale, il quale richiede la esistenza di un oggetto immediatamente sottoposto alla volontà del titolare, che può decisivamente manifestarsi in relazione all'esistenza o alla osservanza di una norma giuridica relativa alla cosa che è contenuto nel diritto. Vuolsi inoltre rilevare che l'esistenza di un diritto reale nel proprietario del fondo sul tesoro in questo nascosto mal potrebbe conciliarsi col diritto dell'inventore alla metà del tesoro. Ove il legislatore riconoscesse al proprietario del fondo un diritto reale sui tesori in esso nascosti, non si saprebbe spiegare la differenza di trattamento nei rapporti del ritrovatore, nei due casi contemplati dagli articoli 714 e 715 Cod. civ., giacchè, posto che al proprietario spettasse un diritto reale sulla cosa rinvenuta, sarebbe giustificata l'attribuzione al ritrovatore di un premio nella misura di cui all'art. 718, e non l'assegnazione di metà della scoperta. L'attribuzione in questa misura si fonda appunto sulla considerazione del diritto acquistato dall'inventore in virtù della occupazione di una *res nullius*, e l'assegnazione di metà al proprietario del fondo fu soltanto inspirata da ragioni d'equità, *quasi consolatione, divino munere*, come esprimevansi i giureconsulti romani.

Avv. A. SANTE MARTORELLI, Direttore responsabile.

Società Tipografico-editrice Romana - Via delle Coppelle num. 35 - Roma.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

11 giugno 1907 n. 519

Pagano *Pres.* — Niutta *Est.*

Comune di Alatri (avv. *B. Chimirri*) contro Comune di Morino (avv. *F. Aguglia*).

E' apprezzamento di fatto, non censurabile in cassazione, il ritenere che oggetto di una domanda giudiziale fu la rivendicazione di alcune terre e non l'apposizione dei termini di confine tra le diverse proprietà (1).

Quando si intenta un'azione giudiziaria assumendo che le terre stendentisi fino ad un punto precisato come confine sono di proprietà dell'attore, l'azione così intentata è di rivendicazione e non semplice actio finium regundorum (2).

Un Comune faciente parte di uno degli ex-Stati d'Italia può aver acquistato benissimo il diritto di esercitare gli usi civici sul territorio di altro Comune finitimo, appartenente a Stato diverso (3).

La Corte, ecc. — Osserva che col primo motivo il ricorrente censura la denunziata sentenza per avere la Corte scambiata la vera natura dell'azione da esso proposta, dappoichè, ritenendo che tale azione fosse rivendicazione delle terre possedute dal Comune di Morino, ha creduto di dover rigettare la domanda come quella che non era convenientemente dimostrata dai titoli addotti dall'attore per provare il suo diritto di proprietà sulle terre stesse.

Che, in quella vece, sostiene il ricorrente che l'azione da lui intentata era diretta al regolamento dei confini tra i territori dei due Comuni, acciocchè venissero stabiliti nel modo come furono segnati in virtù del trattato conchiuso tra il Governo di Napoli e la Santa Sede nel 1840 e nella successiva convenzione del 1852; onde la restituzione di terreni, che in seguito di codesto ristabilimento di confini si trovassero indebitamente posseduti dal Comune di Morino, lungi dal costituire l'obbietto principale e immediato della domanda, non era che una conseguenza ulteriore che virtualmente è contenuta in ogni domanda che abbia per proprio scopo la verificazione ed il regolamento di confini diventati incerti per decorso di tempo o per fatto arbitrario di uno dei possessori dei fondi limitrofi.

Che, riguardo a codesta censura, egli è in primo luogo da notare che la Corte, qualificando azione in rivindicazione quella proposta dal Comune di Alatri, ha espresso un giudizio desunto dall'esame del contenuto e dell'intenzione del libello, per cui è stata indotta a ritenere che oggetto della domanda fosse la dichiarazione di pertinenza delle terre nella medesima specificate, mentre l'apposizione dei termini sulla designata linea di confine non era, nell'intendimento dell'attore, se non una conseguenza necessaria a cui dovevasi venire in seguito alla detta dichiarazione.

Che non errava, però, la Corte nel giudicare, come essa ha fatto, di non rispondere alla nozione giuridica dell'*actio finium regundorum* la domanda sottoposta al suo esame, imperocchè il Comune di Alatri non faceva dipendere dalla ricerca del più giusto confine tra le due proprietà limitrofe le possibili rivendicazioni di terreni a cui fosse per aver diritto, ma poneva come base della sua pretesa il fatto di appartenere ad esso esclusivamente tutte le terre che si estendevano fino al confine indicato; sicchè un tal confine veniva a costituire un limite assegnato dal medesimo attore alle proprie rivendicazioni, anzichè la più esatta linea di demarcazione che avesse a circoscrivere le rispettive possessioni, pure restando fuori controversia i diritti dominicali dell'una e dell'altra parte.

Che, avendo il convenuto strenuamente impugnato l'assunto che l'attore poneva come fondamento della sua domanda, la controversia rientrava nei precisi termini di una azione rivendicatoria, la cui dimostrazione non poteva altrimenti essere fatta se non mediante i titoli che comprovassero l'affermato diritto di proprietà.

---

(1) Difatti è compito del giudice di merito l'esaminare il contenuto degli atti di causa per accertare la natura dell'azione proposta.

(2) Cons. in proposito l'A. Genova 1 giugno 1906, *Temi gen.* 1906, 372.

La Cass. Roma 24 febbraio 1906 decise che l'azione di rivendicazione non può mai sperimentarsi in via accessoria all'altra di regolamento di confini e che non può sperimentarsi questa, se all'attore è contrastata la proprietà (*Cass. unica civ.*, 1906, 143).

(3) Se non erriamo, la Corte di cassazione di Roma segue l'avviso da noi manifestato nella nota a pag. 358 dell'annata 1906 della presente Raccolta.

Che, per sottrarsi alla necessità di simile prova e per imprimere alla propria azione il carattere di un semplice regolamento di confini, non giova al Comune di Alatri di venir allegando di corrispondere la delimitazione da esso chiesta a quella medesima che col suindicato trattato fu stabilita tra i territori dei due Stati, sicchè non faceva mestieri di altra indagine per ritenere di dovere le terre in questione formare una pertinenza del Comune di Alatri, tostochè rientravano, giusta la detta confinazione, nel suo territorio.

Che una simile deduzione non poteva servire ai fini contenuti nella domanda, imperocchè il Comune di Alatri non mirava ad ottenere la rettificazione del confine giurisdizionale ed amministrativo del suo territorio, al quale effetto la sua istanza non avrebbe potuto trovare neppure ingresso presso l'autorità giudiziaria, ma scopo dell'azione era quello di far dichiarare di sua pertinenza le controverse terre all'effetto di poterne avere i propri abitanti il godimento come di bene destinato ai loro usi civici, facendo così cessare le pretese che al medesimo titolo si arrogavano quei di Morino, i quali già i detti usi esercitavano nell'esclusivo loro interesse.

Che la risoluzione di simile controversia non potevasi far dipendere dal confine che venne a separare i territori dei due Comuni in forza degli accordi politici intervenuti, quando quelli appartenevano a due Stati diversi, tostochè il Comune di Morino affermava che, non ostante i detti accordi, le proprietà patrimoniali rispettive rimasero impregiudicate senz'alcuna alterazione dell'attuale stato di possesso....

Che resta l'ultima censura del ricorso, la quale consiste nell'assunto di non potersi ammettere che, stabilita per le vie diplomatiche la confinazione tra i due Stati, un Comune finitimo ad un Comune appartenente a diverso Stato potesse estendere il proprio territorio oltre la fissata linea di confine, occupando così parte del territorio del Comune e dello Stato vicino.

Che la censura non regge, avendo la Corte a ragione già osservato che le terre di cui si contende non formano già parte del demanio pubblico del Comune di Morino, nè a tale titolo sono da esso possedute; nè il Comune di Alatri col rivendicarle ha posto altro fondamento alla sua domanda se non quello di costituire le terre stesse una sua proprietà destinata al godimento degli abitanti sotto forma di usi civici di pascere, legnare e simili.

Che beni di tal natura, se possono dirsi demaniali nel senso che il Comune a cui appartengono non può alienarli, nè disporre delle rendite e dei frutti che se ne ricavano come di cosa ricadente nel patrimonio di esso Comune, ma debbono essere lasciati al godimento dei cittadini, rispetto a costoro assumono il carattere di un bene patrimoniale, per ogni singolo ammesso al godimento di detti beni.

Che come un Comune può possedere propri beni patrimoniali nel territorio di altro Comune, così non vi ha ragione per cui un simile possesso non possa trovar luogo sol perchè i beni siano destinati agli usi civici degli abitanti, quando il diritto di costoro, o che sia fondato sopra titoli o sopra ragioni di antico possesso, non ha potuto ricevere pregiudizio da mutamenti che siansi verificati nelle circoscrizioni amministrative, e, trattandosi di diversi Stati, è stato anche espressamente fatto salvo dalle stipulate convenzioni diplomatiche, come accadde col trattato del 1840 tra i governi pontificio e napoletano, che in forma amplissima volle rispettare le ragioni di privata proprietà, sia che appartenessero ai singoli, sia alle comunità.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 luglio 1907 n. 616

Pagano *Pres.* — Palladino *Est.*

Municipio di Napoli (avv. *A. Filipaldi*) contro Guarino ed altri (avv. *A. Benevento* e *P. G. Gentile*).

Occorre distinguere le nuove domande dalle nuove deduzioni (causae petendi) *e ricordare che l'art. 490 cod. proc. civile si riferisca soltanto alle prime* (1).

(1) Si cfr. l'altra decisione dello stesso Supremo Collegio in data 22 maggio 1907, pubblicata su questa Raccolta, anno corr., pag. 340, con nota dell'avv. A. S. MARTORELLI.

Domandata, così, da un Comune la demolizione di un'opera perchè abusivamente costruita su suolo di demanio comunale, niente vieta che in secondo grado s'invochi la demolizione stessa perchè l'opera abusiva verrebbe a produrre una comunione con un muro comunale, comunione vietata per essere il muro di natura demaniale.

La Corte ecc. — La sentenza denunciata ha riconosciuto che il Municipio ricorrente, reclamando con la sua conclusione subordinata la demolizione delle opere costruite da Dentale, per essere addossate e compenetrate con pilastri, parete ed intradosso alle arcate del ponte sotto la strada di Miracolilli, non ha proposto domanda nuova, perchè tale demolizione formò oggetto delle sue istanze fin da quando ingaggiò la lite contro Schisa con atto 4 agosto 1896, ma ha soltanto prospettato una ragione diversa a sorreggere la reclamata demolizione per la maggior parte delle costruzioni, contro cui la dimanda era diretta, perchè alla ragione, prima addotta, di essere il suolo e le aree, su cui le costruzioni erano sorte, di demanio comunale, aveva sostituito l'altra che l'appoggio e l'addossamento delle costruzioni, producente come la comunione delle stesse con le opere stradali, erano vietati per essere queste di natura demaniale.

Ma dall'essere il divieto della comunione una via diversa, come ha ritenuto la Corte, ed un mezzo prima non proposto per ottenere la distruzione degli edifici, alla quale fosse mancata la ragione della natura demaniale del suolo e delle aree, non ne deriva l'improponibilità della stessa, per effetto del divieto che la sentenza denunciata ha creduto estendere anche alla causa della dimanda, poichè l'art. 490 cod. proc. civile, che tale divieto consacra, lo limita alle domande nuove. Nel campo teorico, sulla considerazione che l'appello non è che la continuazione del giudizio di primo grado, prevale il concetto che, quando l'oggetto di esso non è mutato, nello stesso modo che al convenuto, per resistere alla azione, non è riconosciuto alcun limite di difesa e gli è consentito di aggiungere deduzioni ed eccezioni, deve riconoscersi all'attore uguale larghezza, risolvendosi, allora, ciò ch'egli apporta di nuovo in ulteriori mezzi defensionali in appoggio della dimanda che non muta.

Nella specie, poi, se la Corte avesse atteso alla genesi del giudizio, avrebbe chiaramente avvertito che il divieto di spiegare dimande nuove non poteva colpire la conclusione del Municipio, poichè egli fu citato dallo Schisa per liquidare tutti i suoi diritti e le sue pretese contro le opere che erano state materia del contratto di rivendita con Dentale, poichè egli rispose a quella diffida opponendo il carattere abusivo di quelle costruzioni, sia per essere state eseguite su suolo demaniale, e sia per essere taluna stata appoggiata ad un muro comunale, e conseguentemente concluse che fosse ordinata la demolizione delle opere ed il rilascio degli arcati vuoti.

Ora, senza entrare nel convincimento della Corte, se potesse dirsi nuova *causa petendi* il diritto della comunione al confronto di una conclusione generica di demolizione, ed ancora più quella di rilascio in istato vuoto delle arcate, che presuppone *ex necesse* la demolizione per qualunque causa, di qualsiasi ingombro si trattasse, il Municipio ricorrente, che non mutava la misura del suo diritto, agendo a difesa della proprietà demaniale, e che non mutava l'oggetto della sua dimanda, concretandosi nella rimozione di tuttociò che ne costituisce offesa e lesione, non poteva prescindere dal far valere tutte le ragioni al riguardo nel giudizio, che era stato instaurato nel fine proprio della loro valutazione, essendo intuitivo il ritenere che, consumato questo giudizio, non potrebbesi ritentare in altro una dimanda di demolizione per divieto di comunione, quando già per alcune delle pretese opere, abusive per tale divieto, sia disputato e giudicato e per tutte le altre sarebbesi dovuto disputare.

Non è inopportuno in un tema, ch'è lungi dall'aver trovato in dottrina ed in giurisprudenza un criterio unico risolutivo, rammentare, con la relazione ministeriale al cod. di proc. civile, che nel procedimento di appello

---

E' da sperare che nella controversia prevalga sempre la teoria più liberale.

Anche l'A. Venezia decise testè che, domandata la nullità di un atto come conseguenza di una determinata condizione di fatto, si possono in appello — quando cotesta condizione rimanga immutata — proporre tutte quelle altre ragioni di nullità che non fossero state invocate in primo grado (sentenza 6 agosto 1907, riportata dalla *Temi*, anno 1907, pag. 667).

si ammettono tutti i mezzi, ancorchè nuovi, atti a svolgere, chiarire e decidere la medesima causa, e soltanto non è permesso introdurre una nuova causa, e questa sarebbe introdotta, se si ammettesse una nuova dimanda contro il sistema del doppio esame.

Pertanto la sentenza impugnata che consentì nel qualificare l'innovazione attribuita al Municipio, come riferibile alla *causa petendi*, rimanendo immutata la dimanda, incorse nella violazione dell'art. 490 cod. procedura civile, lamentata nel primo mezzo del ricorso, perchè quella innovazione non cade nel divieto in detta disposizione espresso e non prospetta quella nuova causa che possa essere proposta invulnerata in separato giudizio.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 luglio 1907 n. 627

Basile *Pres.* — Natale *Est.*

Schucani (avv. *M. Buonvino*) contro Paletta (avv. *V. Argentieri*).

Poichè non vi sono formole sacramentali pel dispositivo della sentenza e questa dichiara sempre il diritto, una decisione che dichiari Tizio tenuto al pagamento di una data somma è decisione di condanna ed è quindi valida come titolo esecutivo (1).

La Corte ecc. — Tutto il ricorso di Claudio Schucani consiste nel sostenere che la sentenza della Corte di appello di Perugia dei 20-30 gennaio 1905 non possa valere come titolo esecutivo, perchè in essa si contiene una semplice dichiarazione di diritto, e non già una vera e propria condanna al pagamento della somma specificata in lire 120 per ciascuna delle tre annate non prescritte, dal 17 maggio 1896. La formola « dichiara dovuto » fu esattamente ritenuta eguale a quella della condanna. Il giudicato della Corte non poteva essere meglio interpretato dai giudici locali, anche attese le tradizioni forensi, per le quali si chiede e si concede la dichiarazione dei diritti spettanti alle parti, che litigano appunto per ottenere tale dichiarazione e per metterla in esecuzione coi mezzi consentiti dalla legge. Inoltre è risaputo che tutte le sentenze sono dichiarative di diritti e che non vi sono formole sacramentali pel dispositivo delle sentenze.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

5 agosto 1907. n. 651

Basile *Pres.* — Niutta *Est.*

Licini (avv. *C. Baudana*) contro Monaco (avvocato *G. D'Angelo*).

E' vero che la transazione civile deve risultare da atto scritto, ma non è necessario che cotesto atto porti la sottoscrizione della parte che invoca la transazione intervenuta e che, avendo già cominciato ad eseguirla, ne pretende l'osservanza dall'altra parte (1).

La distrazione delle spese di causa a favore dei procuratori legali, secondo il disposto dell'art. 373 cod. proc. civ., non comprende

---

(1) La distinzione fra sentenze *di accertamento* e sentenze *di condanna* è acutamente studiata da AL. ROCCO (*La sentenza civile*, Bocca, 1906, n. 62 e segg).

La sentenza di accertamento, secondo il ROCCO, è un puro giudizio logico sulla esistenza o inesistenza di un rapporto o stato giuridico: la sentenza di condanna è un giudizio logico più un atto di volontà.

Ora, quando il giudice dichiara senz'altro dovuta da Tizio una determinata somma, siamo indubbiamente di fronte ad una sentenza di condanna, ossia ad una sentenza che può esser portata ad esecuzione pel raggiungimento del fine, propostosi dall'attore, di realizzare il proprio denaro.

Anche il MATTIROLO, mentre riconosce che la condanna deve essere esplicita, in quanto deve specificare e precisare la cosa dovuta, insegna non esser d'uopo ch'essa risulti da espressioni sacramentali contenenti proprio le parole *condanna* (*Tratt. di dir. giud. civ. ital.*, quarta edizione, vol. V, nota 3 a pag. 193). Cfr. altresì Cass. Torino 26 gennaio 1895, e Cass. Firenze 16 marzo 1896, *Giur. tor.* 1895, 271, e 1896, 331.

(1) Nello stesso senso si ha l'altra decisione 22 novembre 1905 della Cass. Roma, decisione che trovasi inserita nella presente Raccolta, anno 1906, pag. 24-25, con nota di richiami.

Si confronti anche la sentenza 17 luglio 1907 n. 1627 del Trib. civ. Roma, est. SACERDOTI (inedita) — la quale bene avverte, come già avvertimmo noi nella ricordata nota, che a tal regola deve farsi eccezione per determinati contratti, ad

che le spese effettive da essi anticipate e quindi mai gli onorari di avvocato (2).

La Corte, ecc. — Osserva che col primo motivo sostiene il ricorrente di aver la Corte violato gli articoli 1314, n. 7 1300, 1310 cod. civile, in quanto avrebbe attribuito alla lettera scritta dal Licini al Monaco il valore di una transazione definitivamente concordata, mentre essa lettera non poteva avere altra importanza che di una semplice proposta di transazione, non essendo stato sottoscritto il qualunque accordo, contenuto nel documento, dall'altra parte, cioè da Antonio Monaco;

Che in proposito accade osservare che la Corte, esaminando la lettera in discorso, trovò come in essa il Licini dichiarasse di avere ricevuto lire 800 in conto della somma indicata nella sentenza, e che di ciò che restava sarebbesi fatto debito conteggio nella prossima settimana, con dovere il Monaco corrispondere l'interesse dell'8 per cento a cominciare dal giorno del conteggio sulla somma capitale che venisse accertata;

Che rilevava pure la Corte come la lettera si chiudesse colle seguenti espressioni: « vi concedo pure per il pagamento della intera obbligazione la dilazione di anni cinque; resta convenuto che nel giorno del conteggio mi verserete altre lire duecento »;

Che, tali essendo i termini onde era formulata la lettera, la Corte ne dedusse che non già una semplice proposta di nuovi accordi fosse intervenuta, ma una transazione effettiva, con la quale intendevasi di porre termine al giudizio e togliere qualsiasi efficacia alla sentenza di condanna profferita dal Tribunale contro il Monaco che era ancora in termine per poter appellare;

Che al giudizio espresso dal magistrato di merito sulla natura del rapporto giuridico derivante dall'accennato documento e sull'efficacia definitiva ad esso attribuita nessuna obbiezione può essere fatta in questa sede, tranne che, mancando alla convenzione la sottoscrizione dell'altra parte, l'accordo non si potesse ritenere perfezionato nella sua forma, massime trattandosi di un contratto di transazione per la cui esistenza è indispensabile la scrittura;

Che però l'obiezione non ha fondamento, imperocchè, per quanto riguarda la necessità della scrittura per porre in essere una valida transazione, non è da dubitare che nella specie la scrittura esistesse, contenendo la lettera le condizioni tutte dell'accordo e sorgendo da essa l'obbligo formale di eseguirlo, tostochè fossero accettate dall'altra parte;

Che cotesta accettazione non avea d'uopo di essere manifestata mediante la sottoscrizione che il Monaco avesse apposta alla convenzione contenuta nella lettera o mediante una espressa dichiarazione che con ulteriore atto scritto avesse egli fatta di volere a quella aderire, quando il possesso del documento che era pervenuto nelle sue mani per invio fattogliene dal Licini, la esecuzione parziale degli obblighi di lui accertata con la stessa lettera la quale conteneva quietanza dell'eseguito pagamento di 800 lire in conto, e il nessuno interesse che il Monaco poteva avere di rifiutare un accordo che era tutto nel suo vantaggio, costituivano tali fatti da non poter lasciare alcun dubbio che i rapporti giuridici tra le due parti dovessero intendersi ormai regolati non più dalla sentenza ottenuta contro il Monaco, ma dalle nuove condizioni fatte a costui con la lettera scritta dal Licini;

Che la Corte ha poi ritenuto che base dell'accordo fosse dalla parte del Monaco la ri-

---

es., pel contratto di compra-vendita (veggansi, tuttavia, le decisioni 12 novembre 1906 della Cass. Torino, *Mon. trib.* 1907, 286 - 12 maggio 1891 della Cass. Napoli, *Foro ital.* 1891, 1, 659 - e 20 maggio 1886 della Cass. Roma, *id.* 1886, 1, 518).

(2) Purtroppo seguita a prevalere nella giurisprudenza questa massima, che non soltanto a noi, ma anche al MORTARA sembra assolutamente sbagliata (cfr. la nota, a pag. 389, dell'annata 1906 della presente Raccolta).

Conformi, da ultimo: Cass. Napoli 3 novembre 1906, *Dizionario della proc. civ.*, 1907, pag. 31; Trib. civ. Monteleone 8 maggio 1907, *id.*, pag. 264; A. Trani 6 aprile 1907, *Foro Puglie* 1907, 259.

Contra, ossia con noi: A. Palermo 15 aprile 1907, *Foro sic.* 1907, 311, e A. Ancona 27 marzo 1907, *Corte Anc.* 1907, 1, 204.

S'intende bene, in ogni modo, che fatta passare in giudicato la sentenza, la quale attribuisce al procuratore-avvocato anche gli onorari, non è più lecito di tornare sopra a ciò in sede di liquidazione (A. Trani 3 settembre 1906, *Foro Puglie* 1907, 13).

La Cass. Roma 31 dicembre 1906 decise che anche nel giudizio di graduazione il procuratore può chiedere la distrazione delle spese in proprio favore (*Temi* 1907, 379).

nunzia che egli avrebbe fatta al diritto di appello dalla sentenza di condanna, ed in effetti il termine per interporre il gravame trascorse dopo l'invio della lettera, il che bastava a dimostrare come la transazione racchiusa nella medesima fosse divenuta definitiva per entrambe le parti, senza bisogno di altro compimento, non vedendosi qual uopo vi fosse di una più esplicita adesione dal canto del Monaco, se questi otteneva in virtù dei nuovi patti la riduzione degli interessi e una dilazione di cinque anni, mentre non era più in grado di conseguire alcun maggior vantaggio, essendo trascorso il termine per impugnare la sentenza;

Che la mancanza quindi della sottoscrizione del Monaco nella scrittura in disputa non poteva produrne la nullità, se, essendo destinata la sottoscrizione a far fede dell'adesione dell'altro contraente a quanto dall'uno di essi si era dichiarato di voler fare con atto da lui già sottoscritto, l'adesione risultava indubitatamente da un complesso di fatti i quali valevano da un lato come confessione degli obblighi contratti, e dall'altro lato anche come parziale esecuzione degli obblighi medesimi;

Che non è qui a parlare di ratifica o conferma di atto nullo, anzi inesistente per difetto di requisiti essenziali, imperocchè la transazione che la Corte ha ravvisato nella lettera del Licini aveva tutte le condizioni richieste per la perfezione di un simile contratto, compresa quella della scrittura, e solo facevasi questione intorno al punto di sapere se, per non essere stato l'atto sottoscritto anche dal Monaco, dovesse reputarsi mancata l'adesione di costui, quando tutto dimostrava di non poter essere venuta meno cotesta adesione, e la stessa dichiarazione, fatta in giudizio, di accettare tutti gli obblighi resultanti dal contratto era più che sufficiente manifestazione di consenso, alla quale non era stato assegnato alcun termine;

Che col secondo motivo il ricorrente si duole di non aver la Corte menomamente interloquito sulla subordinata sua deduzione che, cioè, a volere anche ritenere l'esistenza della transazione, non per questo sarebbesi potuto annullare interamente il precetto immobiliare intimato al debitore, il quale precetto doveva conservare la sua efficacia per le somme dovute a titolo d'interesse;

Che cotesto difetto di motivazione non sussiste, dovendosi por mente che la Corte nel suo insindacabile giudizio ha ritenuto che la concessa dilazione di cinque anni fosse riferibile all'intera obbligazione e quindi anche agl'interessi;

Che non doveva poi la Corte occuparsi dell'accennata deduzione, quando, essendo stato il precetto intimato in forza della sentenza, non poteva servire di titolo a ripetere neanche gl'interessi, posto che essa fu sostituita da un novello accordo contenente una transazione, nella quale la quantità del debito residuale facevasi dipendere da un conteggio che non era peranco avvenuto;

Che infine il principio invocato dal ricorrente, di poter il precetto intimato per somma maggiore spiegare valevole effetto per la somma minore che risulti effettivamente, non poteva trovare applicazione nella specie, in cui il Licini non avea potuto dimostrare quale fosse il debito in somma precisa che il Monaco avesse per titolo d'interessi e la Corte implicitamente espresse il giudizio di non poter essere neppure il caso di ordinare l'esecuzione del precetto per una qualsiasi somma, quando, fra altro, ebbe a dire che non era stata ancora determinata, mediante il conteggio a cui accennava la lettera del Licini, la somma capitale a cui doveva essere applicato il ribassato tasso degli interessi;

Che anche meno sussistente di quelli testè esaminati è il terzo motivo del ricorso, col quale si addebita alla Corte di aver peccato di ultra petizione facendo, nel dispositivo della sentenza una salvezza di ragioni al Monaco anche per i danni e interessi potuti risentire a causa del precetto annullato;

Che la Corte nel fare una simile salvezza ha secondato la riserva che all'uopo avea dichiarato di fare lo stesso Monaco nella comparsa conclusionale; nè con ciò ha in alcun modo pregiudicato la questione sia circa il diritto a ripetere i detti danni, sia circa la loro esistenza;

Che quanto al 4 mezzo egli è da notare che la condanna del Licini nelle spese è espressa nei seguenti termini: condanna il Licini nelle spese dell'intero giudizio, compresi gli onorari di avvocato, aggiudicando quelle di primo grado al procuratore Bocconcella, e quelle di secondo grado al procuratore Speranza che hanno dichiarato di averle anticipate»;

Che ora cotesta formola non porge alcun addentellato alla censura che siano stati compresi nell'aggiudicazione delle spese fatte in

favore del procuratore anche gli onorari di avvocato, mentre il senso manifesto delle parole adoperate si è di essersi inteso attribuire a procuratori non altro che le spese effettive da essi anticipate e non peranche gli onorari che la Corte non avrebbe potuto loro attribuire senza estendere illegalmente il disposto dell'art. 373 del cod. di proc. civile;

Che per le esposte considerazioni il ricorso debba essere rigettato;

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 agosto 1907 n. 662

Basile *Pres.* ed *Est.*

Confraternita di S. M. del Gonfalone in Gualdo Tadino (avv. *C. Piccini*) contro Allegrucci (avv. *V. Argentieri*).

L'attore che nel libello attribuisce ai convenuti la qualità di possessori confinanti con i suoi fondi, ed in tale qualità appunto li ha chiamati in causa, non può contestare loro in sede di appello la qualità suddetta (1).

Gli affittuari, i coloni ed i semplici detentori di un fondo, hanno diritto di respingere l'azione negatoria servitutis *promossa da un terzo, e di sostenere la esistenza della servitù a vantaggio del fondo medesimo* (2).

Essi, però, non possono promuovere l'azione confessoria servitutis (3).

La Corte, ecc. — Osserva che del tutto insussistenti sono i proposti mezzi del ricorso, dappoichè, come giustamente disse la denunziata sentenza, non avrebbe potuto l'attrice contestare ai convenuti, in seconde cure, quella qualità di possessori confinanti ai suoi fondi, che essa stessa aveva attribuito ai medesimi nell'atto introduttivo del giudizio e per la quale appunto li aveva chiamati in causa, in opposizione al contratto giudiziale già intervenuto, senza neppure accennare quali fossero i proprietari dei fondi stessi;

Che, ad ogni modo, ove pure potesse ritenersi che i due convenuti fossero semplici detentori, avrebbero pur sempre avuto diritto di respingere l'azione *negatoria servitutis*, in base all'art. 1582 cod. civile, nè d'altronde la legge interdice all'affittuario ed al colono di respingere direttamente ogni molestia ad essi arrecata. In ogni caso Allegrucci e Sabatini non si erano resi attori nel giudizio per l'esercizio dell'azione *confessoria servitutis*, nel quale caso sarebbe concepibile, per parte della Confraternita, la eccezione del difetto, in essi, della qualità di proprietari, e quindi di legittimi contraddittori, ma postochè, per lo contrario, fu la Confraternita che si fece attrice, essa mancava d'interesse a muovere siffatta eccezione, non potendo certamente i veri proprietari insorgere per sostenere che nessuna servitù esiste a vantaggio dei loro fondi;

Che non è seria la censura esposta col primo mezzo del ricorso, dappoichè, a prescindere dalla osservazione che colui il quale resiste alla *negatoria servitutis* deve implicitamente e per necessità logica porre in essere la esistenza della servitù, risulta in fatto che i convenuti nel verbale 3 dicembre 1904 eccepirono espressamente l'esistenza della servitù e chiesero subito di darne la dimostrazione con apposito capitolo di prova testimoniale;

Che non sussiste in fatto quanto si assume

---

(1) Anche la Cass. Torino 26 gennaio 1907 ritenne che in sede di appello non può contestarsi all'avversario azione e diritto a discutere, se in primo grado fu con esso discusso senz'altro in merito (*Giur. tor.* 1907, 305).

(2-3) Quanto alla terza massima niente può eccepirsi contro la sua giustezza (cfr. F. CICCAGLIONE, in *Digesto italiano*, voce *Servitù — parte generale* — n. 174).

Della seconda massima, invece, deve dirsi che la sua giustezza sta, in quanto si rimanga nell'ambito dell'art. 1582 cod. civile, espressamente invocato dalla sentenza che commentiamo. In tal senso può consultarsi pure la decisione 22 dicembre 1875 della Cass. Torino, est. PANTANETTI, in *Legge* XVI, 1, 185. Si vegga, infatti, quanto scrive E. FORTUNATO, in *Digesto italiano*, voce *Servitù prediali*, n. 78, relativamente all'usufruttuario, al conduttore e al possessore in genere, negando loro l'esercizio così dell'azione confessoria, come della negatoria.

Nel più recente trattato intorno alle servitù prediali, quello del DELLA VILLE (Napoli, 1907), si fa questione se il proprietario del fondo servente possa istituire l'azione negatoria contro il possessore di malafede del fondo dominante, appunto perchè tale — e si risponde di no in base a considerazioni che ci sembrano strettamente giuridiche (vol. I, pag. 666).

col secondo mezzo del ricorso, avendo il Tribunale affermato che i convenuti avevano diritto di esercitare la servitù di passaggio sinora *praticata sul prato suddescritto della Confraternita*, per accedere dai rispettivi fondi contigui, con carri e a piedi col bestiame, all'abbeveratoio;

Che, oltre quanto è stato osservato di sopra, in riguardo all'ultimo motivo del ricorso è ancora da aggiungere non essere vero di essere stata esclusa nei convenuti la qualità di confinanti possidenti, mentre, per lo contrario, la sentenza denunziata ha ritenuto che siffatta esclusione era stata semplicemente asserita dalla Confraternita e che, invece, era confortata da indizi gravi, i quali autorizzavano a ritenere i convenuti precisamente come possidenti confinanti: ad ogni modo non era ai medesimi interdetto, per nessuna plausibile ragione, di resistere alla *negatoria servitutis* spiegata dalla Confraternita e di far prevalere una vera e propria *confessoria servitutis* a favore dei veri proprietari;

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 agosto 1907 n. 676

Basile *Pres.* ed *Est.*

Campana (avv. *G. Merlino*) contro Fossa (avv. *G. B. Arata*).

I sorveglianti che debbono essere assicurati a termine della legge per gli infortuni sul lavoro sono quelli che assistono continuamente alla costruzione, durante il lavoro degli operai, compartecipando ai possibili pericoli (1).

Non sono tali i guardiani notturni, addetti a vigilare un cantiere quando non c'è lavoro per impedire i furti od altro (2).

La Corte ecc. — Del tutto insussistente è la fatta doglianza, dappoichè la denunziata sentenza, al contrario di quanto la ricorrente assume, fece esatta applicazione degli articoli che si dicono violati. Posto in sodo che il Palmerini era esclusivamente adibito nella qualità di guardiano notturno al villino in questione, e ritenuto in fatto che, in tale sua qualità, egli esercitava una specie di attività completamente estranea e diversa da quella che esercitavano gli operai addetti alla costruzione del medesimo, giustamente ne dedusse che egli non doveva essere assicurato, e non poteva perciò pretendere il beneficio che la legge accorda agli operai, addetti alla costruzione, per gl'infortuni ai quali sono continuamente esposti. Nè la funzione del guardiano notturno, diretta unicamente ad impedire i furti, può considerarsi intimamente connessa allo svolgersi delle costruzioni; e giustamente, quindi, notarono i giudici di appello che i sorveglianti, di cui parla la legge, sono coloro che assistono continuamente alla costruzione, compartecipando ai possibili pericoli degli operai costruttori. Ma tale non era la condizione del Palmerini, il quale anzi non doveva trovarsi sul luogo del lavoro nel momento in cui questo ferveva, e quando era possibile che gli accadessero disgrazie, mentre invece l'opera sua cominciava appunto nel tempo in cui tutte l'energie impiegate per la costruzione tacevano; sicchè rimaneva escluso quel rischio eventuale che la legge volle tener presente per soccorrere tutti quegli operai che nell'esercizio del loro mestiere ed a causa del medesimo potessero soffrire degli infortuni.

Che neppure sussiste la Corte avere avuto un concetto erroneo di questo rischio, poichè, con accurata analisi dei fatti, e con esatta indagine della lettera e dello spirito della legge, escluse, nella figura del caso presente, quel nesso etiologico di causalità e di effetto, che essa necessariamente presuppone, onde potersene utilmente invocare le benefiche disposizioni.

Per questi motivi, ecc.

---

(1) Non consciamo precedenti al riguardo. Possiamo dir soltanto che il Trib. civ. Pisa 15 febbraio 1907, est. SACCHINI, giudicò in modo diverso pel custode di un deposito di polvere pirica (*Riv. infort.* 1907, 547) — il che dimostra che non bisogna troppo generalizzare.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 agosto 1907 n. 677

Basile *Pres.* — Natale *Est.*

Finanze (avv. erariale) contro Giaconia-Sarzana (avv. *C. Di Stefano* e *L. Napolitani*).

L'azione pel pagamento delle tasse di successione nasce al momento della morte del de cujus e quindi da tal momento comincia a decorrere la prescrizione decennale delle relative tasse, tanto per le successioni non denunziate, quanto per i cespiti omessi o dichiarati in somma inferiore al vero (1).

La Corte, ecc. Osserva che, dall'esordio della lite fino all'appello, tutta la controversia si agiti intorno all'applicabilità, o meno, della prescrizione (quinquennale o decennale); essendo questo l'unico oggetto del ricorso, non può dirsi che si tratti di questione nuova in Cassazione, come si pretende nel controricorso.

Attesochè, ridotta la causa alla sola questione della prescrizione, il Supremo Collegio ritiene che i giudici del merito non deviarono dal retto sentiero, quando dichiararono colpita dalla prescrizione di cinque o dieci anni, secondo le leggi del tempo, la domanda di tassa del 1905 sul legato del 1872, pubblicato nel 1901, dopo diciotto anni dalla denunzia della successione, che si aprì colla morte della testatrice Inverges nel 1883.

Non disconosce il Supremo Collegio l'esattezza della massima, invocata dalla ricorrente Amministrazione demaniale, che la prescrizione si applica alle azioni nate e si calcola dal giorno della loro nascita. Ma ritiene che la nascita dell'azione, pel pagamento delle tasse di successione testata, come nella specie, non sia nel giorno del deposito dei testamenti o codicilli, ma sia invece nel giorno della morte dei testatori, cioè nel giorno in cui si aprì la successione, ancorchè non denunziata, ai sensi degli art. 85, 79, 80, 123 n. 4 (L. 13 settembre 1874) e degli art. 85, 79, 80, 126 n. 4 (L. 20 maggio 1897) in relazione agli art. 862, 913, 914, 923, 925 cod. civile.

Secondo le combinate disposizioni dei suaccennati articoli, l'azione del pagamento delle tasse di successione nasce al momento della morte, e si estingue dopo cinque o dieci anni dalla morte medesima, quando non vi siano ragioni di sospensione o interruzione, che nella specie non si allegano nemmeno. Potrebbe darsi anche il caso di frode, organizzata tra i successibili ed estranei; ed allora sarebbero opportunamente invocati i principi generali sulle frodi alle leggi. Ma nemmeno di questo caso si è parlato nella causa in esame.

Per tutte le accennate considerazioni, il ricorso deve essere respinto.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

9 settembre 1907 n. 684

Pugliese *Pres.* — Cannas *Est.*

Pesce ed altri (avv. *V. Riccio*) contro Demanio (avv. erariale *D'Amelio*).

E' sempre sottoposto a tassa proporzionale il trasferimento d'immobili fatto dall'erede a vantaggio del legatario di una somma, nonostante che il trasferimento sia avvenuto in ossequio al testamento, dove all'erede fu lasciata la facoltà di soddisfare il legato in denaro o in beni stabili (1).

La Corte ecc. — La sentenza denunciata premette, esaminando il testamento di Pietrantonio Pesce, che il legato al nipote Arturo ebbe unicamente per oggetto una somma di denaro — lire 42,500 — da prestarsi dalla erede, la figlia Regina, e successori con facoltà di liberarsi con beni stabili di equivalente valore da accertarsi. Dovea coerentemente ritenere e ritenne che l'assegnazione di

---

(1) Conformi: A. Palermo 7 marzo 1904, *Mon. trib.* 1904, 348, e A. Milano 18 settembre 1900, *Riv. trib. Mil.* 1900, 727. Cfr. anche, però, stessa Cass. Roma 5 febbraio 1907, *Foro ital.* 1907, 1, 281, e A. Torino 17 luglio 1905, *Giur. tor.* 1905, 1047.

La Cass. Roma 12 novembre 1907 ha ritenuto altresì che la prescrizione in materia di tasse di registro è interrotta, ma non sospesa, dalla domanda giudiziale, e, quando il giudizio rimanga abbandonato per il periodo di tempo occorrente alla prescrizione, questa si verifica anche se l'abbandono non sia tale da produrre la perenzione d'istanza (*Foro ital.* 1907, 1, 1366, con nota pro e contro).

(1) Il ricorso, ora respinto, era diretto contro la sentenza 7 maggio 1906 dell'A. Trani, estensore SCHETTINI (*Riv. giur. Trani*, 1906, pag. 76).

Nel medesimo senso ebbe a decidere *incidental-*

stabili *non erat in obligatione, sed in facultate solutionis.*

Quando tale assegnazione seguì, si trasferì la proprietà di cose, che non erano l'oggetto dell'obbligazione, il trasferimento della proprietà tenne luogo del pagamento, la somma dovuta, pagata col trasferimento, rappresentò il prezzo.

Non si contesta la regola che il trasferimento della cosa in luogo del prezzo, *datio in solutum*, presuppone il consenso del debitore e del creditore, ed è applicazione della regola l'art. 1245 Cod. civ. *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*: ma la regola non toglie che l'assentimento della parte sia, per data eventualità, irretrattabilmente assicurato da precedente vincolo, o da una volontà superiore, che s'impone al volere della parte o lo presume, la volontà della legge (es. articoli 968 e 1298 Cod. civ.) o quella del testatore.

E pertanto non furono violati, come a torto col primo mezzo si assume, ma rettamente applicati alla *datio in solutum* di beni stabili gli articoli 1 e 32 della legge di registro testo unico 20 maggio 1897. e l'art. 1 della relativa tariffa che colpiscono con la tassa proporzionale i trasferimenti immobiliari.

Gli articoli 874, 1177, 1178 Cod civ., invocati col secondo mezzo, parlano di legati ed *obbligazioni alternative*. La Corte di merito non li ha violati, nè potea violarli, posto che ritenne che il legato delle lire 42,500 *era sem*rendeva l'obbligazione *non alternativa* ma (u*plice* e che la facoltà di assegnare un fondo di valore corrispondente rendeva l'obbligazione *non alternativa* ma (usando la parola consacrata dalla dottrina) *facoltativa*. La sentenza denunciata ha cura di segnare esattamente le caratteristiche delle obbligazioni facoltative, nelle quali *una res est in obligatione, duae vero in facultate solutionis*, e come si distinguono dalle obbligazioni alternative, nelle quali *duae res sunt in obligatione, una autem in solutione*.

Nè è esatta la osservazione del ricorrente, non potersi nel caso concreto parlare di obbligazione facoltativa, perchè non essendovi denaro nella eredità la obbligazione perì *interitu rei*, ma l'erede rimase tenuto a dare immobili. L'*interitus rei*, che, ove segua senza colpa, libera il debitore, non potea verificarsi nella specie, perchè oggetto del legato non furono determinate monete possedute dal testatore, ma una somma di danaro da pagarsi dalla erede anche se nella eredità, non fossero danari.

Le asserzioni poi che i termini delle disposizioni testamentarie portino a ritenere il legato alternativo, s'infrangono contro il giudizio sovrano del magistrato di merito, che ciò escluse con apprezzamento in Cassazione incensurabile. Immaginaria la contraddizione vagamente enunciata dal ricorrente tra siffatti apprezzamenti e il testo riportato in narrativa. La Corte di appello, ricordate le disposizioni testamentarie, le esamina e giudica che unico oggetto del legato fu la somma di lire 42,500, oggetto che non muta per la facoltà di soddisfare il debito con cessione di stabili; e motiva il proprio convincimento con ragionamenti che non peccano di incoerenza, nè omette di rilevare, a conferma di tale convincimento, che, essendovi un termine per pagare la somma legata, il testatore impose alla onerata, per sicurezza del legatario, di garantirlo su immobili.

La Corte stessa giustamente considera che il carattere di un'obbligazione si desume dall'oggetto e non dal modo per cui la si estingue. Non ha consistenza la obbiezione del terzo mezzo, che la sentenza, contraddicendosi, abbia coll'applicare la tassa dei trasferimenti immobiliari definito la obbligazione dal modo con cui fu estinta. La obbiezione confonde due cose distinte, la obbligazione e il pagamento, che è il modo con cui il vincolo giuridico, rappresentato dalla obbligazione, si scioglie. L'applicazione di detta tassa, lungi dal contraddire alla premessa che, in contemplazione dell'oggetto, ritenne il legato semplice di somma, ne è invece la conseguenza logica. Appunto perchè era dovuta una somma di denaro, ed in luogo della somma si diedero stabili, è ovvio che la somma dovuta funzionò da prezzo, e si effettuò un

---

mente lo stesso Supremo Collegio nella sentenza 11 aprile 1882, ricordata dall'UBERTAZZI, *La legge sulle tasse di registro*, n. 297.

Sul legato di scelta e su quello alternativo si consulti il LOSANA, in *Digesto italiano*, voce *Successioni testamentarie*, n. 837-856. Cfr. anche A. Genova 12 marzo 1886, in *Legge*, XXVII, 1, 448.

trapasso di immobili, il quale (precisamente perchè questi non eran l'oggetto della obbligazione) fa sorgere i termini del n. 1 della tariffa annessa alla legge di registro.....

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

9 settembre 1907 n. 689

Basile *Pres.* ed *Est.*

Finanze (avv. erariale *D'Amello*) contro Del Mercato ed altri (avv. *R. Macherione*).

Le donazioni a favore di nascituri sono sempre di loro natura soggette a condizione sospensiva, e non soltanto quando lo dichiarino i donanti: non può quindi, il fisco pretendere la tassa di trasferimento se non quando si verifichi la condizione, ossia nascano gli eredi contemplati (1).

La Corte ecc. — Assume la ricorrente amministrazione finanziaria aver errato la Corte di appello nel ritenere di per sè condizionali le donazioni fatte a favore della prole nascitura da un dterminato matrimonio, confondendo le condizioni vere e proprie, che sospendono la perfezione del rapporto giuridico, con le condizioni *quae tacite insunt*, e che, come i legati, non rendono condizionali le donazioni.

Allorquando in queste non sia stata espressamente apposta dal donante alcuna restrizione, esse non producono alcun effetto sospensivo, perchè la condizione, nelle donazioni, deve derivare dalla volontà dei donanti, e quando la disposizione non è condizionale a favore di un non concepito, capace, per legge, a ricevere, questi è donatario reale, e non potenziale, fin dal momento della donazione; poichè, quando la disposizione presuppone quella condizione di cose nella quale può esplicarsi, essa è pura e semplice dall'inizio, salvo a risolversi, se la supposizione non abbia luogo; mentre nel caso opposto, onde possa esercitare effetti sospensivi, occorre che sia espressamente dedotta in condizione. Deve quindi aversi riguardo alla previsione del donante, il quale, se suppone come certo lo stato di fatto che costituisce la base della disposizione, può questa risolversi, senza restar sospesa; ma avviene l'opposto, quando egli abbia espressamente subordinata la sua disposizione al verificarsi di quello stato di fatto. Il volere scorgere, in una donazione a nascituri, una disposizione, per sè, condizionale, indipendentemente dalla volontà del donante, è un confondere le donazioni proprie colle improprie. Se le donazioni in favore dei nascituri possono essere accettate dagli ascendenti, e diventare così perfette fra le parti, senza necessità di tradizione, dal giorno della accettazione la proprietà s'intende trasferita nella prole nascitura, e quindi è la stessa legge che accorda effetto immediato di trasmissione in testa alla medesima, ed il volerle subordinare alla nascita effettiva contraddirebbe non solo ai principii di ragione, ma alla stessa lettera della legge.

Ma su ciò la Corte considera in diritto:

Che l'assunto della ricorrente amministrazione è stato ormai contraddetto da questa Suprema Corte, con le sue recenti sentenze del 27 febbraio e 17 dicembre 1904 e 6 novembre 1906, colle quali sono stati esaurientemente confutati gli argomenti che sostengono il presente ricorso, ed avendo la denunciata sentenza seguiti i criteri espressi da questa Corte, che essa non intende modificare, anzichè censura, merita plauso e lode;

Che non ha valore il nuovo argomento, sul quale si appoggia, tanto insistentemente, il ricorso, che, cioè, le donazioni fatte ai nascituri sono soggette a condizione sospensiva

---

(1) Come si dichiara nella stessa sentenza che pubblichiamo, è questa la giurisprudenza ormai costante della Cassazione romana. Vegganst, ad esempio, le decisioni 27 febbraio e 17 dicembre 1904 (in questa Raccolta, 1904, pag. 167, e 1905, pagina 101, con note di richiami, nonchè l'altra 6 novembre 1906, in *Legge* 1906, 2295, relative, però, ad instituzione di nascituri in eredi.

Cfr. anche P. BONICELLI, *Ancora della istituzione in eredi di nascituri non per anco concepiti* (*Mon. trib.* 1906, 321) e L. ABELLO, *Dei lasciti a favore dei nascituri* (*Legge* 1904, 2481).

L'A. Venezia 3 agosto 1905 ha deciso, in tema di eredità devoluta ai nati e nascituri da determinata persona vivente, cui il testatore ha affidato l'amministrazione del patrimonio sino alla maggiore età di tutti gli istituiti, che non possono quelli degli istituiti, i quali abbiano raggiunto l'età maggiore, domandare la divisione dell'eredità, ove non provino la impossibilità della nascita di altre persone chiamate a succedere (*Giur. ital.* 1906, 1, 2, 186).

allora soltanto quando i donanti lo dichiarino espressamente, dappoichè, avendo la legge dichiarato, in modo esplicito, che le disposizioni fatte a favore dei nascituri sono sotto condizione sospensiva, non occorre che il disponente apponga alla sua liberalità siffatta condizione, come si evince manifestamente dal combinato disposto degli articoli, 1158, 857 a 861 e 980 del cod. civ., i quali dimostrano essere sospensiva la condizione che fa dipendere l'obbligazione da un avvenimento futuro ed incerto; essere i nascituri eredi sotto condizione sospensiva, benchè non ancora concepiti; ed essere i relativi patrimoni soggetti agli stessi obblighi dell'eredità giacenti, per cui deve inferirsi che i beni dei nascituri rimangono in sospeso fino allo avveramento della loro nascita, per essere stati dal legislatore equiparati agli eredi sotto condizione sospensiva; e quindi ne deriva l'applicabilità dell'art. 13 della legge sul registro e doversi attendere a determinare e percepire la tassa di trasferimento al tempo della verifica della condizione;

Che non giova obbiettare, che, non avendo il nascituro per l'art. 764 cod. civ. la capacità di ricevere, debba perciò ritenersi erede reale e non potenziale; poichè altra cosa è la capacità a ricevere un patrimonio, ed altro è la effettiva trasmissione del medesimo, consistendo appunto in ciò la condizione sospensiva, per non potere aver luogo la trasmissione a favore del nascituro (che, per eccezione, è capace a ricevere), se non quando siasi avverato l'avvenimento futuro ed incerto della sua nascita;

Che nella donazione al nascituro non vi è alcuna trasmissione di diritto della donazione per essere questa tenuta in sospeso, cioè giacente, fino alla nascita dello istituito, tanto più se, come nella specie, vi fu riserva dell'usufrutto a favore dei donanti, ai quali rimase il possesso dei beni fino alla loro morte;

Che le disposizioni, per le quali si dichiara perfetta la donazione ai nascituri anche senza accettazione e che la proprietà degli effetti donati s'intende trasferita dal donatario senza necessità di tradizione, non derogano punto alle altre disposizioni che dichiarano soggette alla condizione sospensiva le donazioni ai nascituri; dappoichè il perfezionarsi delle medesime senza la tradizione delle cose donate col solo consenso dei paciscenti non toglie che la consegna dei beni ai nascituri sia sospesa fino a che si verifichi l'evento della nascita del donatario;

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

16 settembre 1907 n. 692

Basile *Pres.* — Niutta *Est.*

Esattoria di Spezia (avv. *E. Santangelo-Puleio*) contro Esattoria di Roma (avv. *G. Brenna*).

Gli esattori che delegano altri esattori per procedere esecutivamente a carico di contribuenti debbono compilare in piena regola i fogli di delega, e se in questi s'infiltra un errore, pel quale l'esecuzione viene poscia annullata, la responsabilità degli eventuali danni grava sull'esattore delegante (1).

L'esattore delegato, però, non risponde forse di nulla, s'egli ha persistito nella esecuzione, nonostante che il contribuente l'abbia avvertito dell'errore? (non risoluta) (2).

Nelle azioni personali ben può procedere la

(1-2) L'A. Palermo 18 dicembre 1895, est. CANTARELLA, ha ritenuto che l'esattore delegato ha responsabilità diretta verso il contribuente contro cui, per delega, procede, e quindi a lui incombe di risarcire il danno cagionato al contribuente, salvo rivalsa verso l'esattore delegato (*Foro sic.*, 1906, pag. 22). Nel giudizio di rivalsa è naturale, però, che l'esattore delegante possa a sua volta opporre al collega delegato di aver condotto colposamente la procedura esecutiva, ovvero di aver concorso con la propria negligenza a cagionare quel danno di cui il contribuente ha mosso lamento.

Sulla questione se l'esecutato ingiustamente, che non avvisò l'esattore dell'errore, abbia diritto all'emenda dei danni, veggasi lo studio di A. ZEVI, in questa Raccolta, anno 1904, pag. 412-419, nota.

— (3) Logico. L'A. Torino 5 dic. 1905 giudicò che l'azione di garanzia contro il terzo può sempre proporsi dal convenuto, fin nello stesso giudizio avviato per l'azione principale, anche quando il rapporto giuridico tra l'attore e il convenuto sia diverso da quello che passa tra il convenuto e il garante (vedila in *Giurisprudenza torinese*, anno 1906, pag. 349).

domanda di garantia contro un terzo, senza che questi sia tenuto in modo diretto verso l'attore principale (3).

La Corte ecc. — Considera che Luigi Bottai conveniva innanzi al Pretore del VI Mandamento di Roma l'Esattore Comunale di questa città, esponendo di avergli il medesimo, per delegazione ricevuta dall'esattore di Spezia, intimato un'ingiunzione per il pagamento di lire 847,96 a titolo d'imposta di ricchezza mobile, mentre non era debitore di alcuna imposta in Spezia, essendo iscritto nei ruoli dei contribuenti di Roma;

Che, non ostante le rimostranze fatte e la prova data della inesistenza di ogni suo debito, l'esattore convenuto aveva operato in danno di lui il pignoramento di mille fiaschi di vino nel negozio di sua proprietà in via Viminale;

Che chiedeva quindi il Bottai la condanna dell'esattore al risarcimento dei danni sofferti;

Che, rinviate le parti innanzi al Tribunale per ragione di competenza, l'esattore di Roma chiamava in garantia l'esattore di Spezia, attribuendo al medesimo la causa del pignoramento eseguito a carico del Bottai per erronea indicazione contenuta nel foglio di delega;

Che il Tribunale rigettò quest'ultima istanza, e, pronunziando nei rapporti tra il Bottai e l'esattore di Roma, ammise il primo a provare con testimoni come, non sì tosto ricevette l'ingiunzione di pagamento, egli si fece sollecito di chiarire l'errore in cui si era incorso in suo danno, dimostrando di non poter avere verso l'esattore di Spezia alcun debito d'imposta;

Che, in seguito al gravame interposto dall'esattore di Roma, la Corte di appello con sentenza del 18 ottobre 1906 revocò il capo del pronunziato dei primi giudici, con cui fu rigettata la domanda in garantia, e dichiarò di dover l'esattore di Spezia seguitare a far parte del giudizio;

Che Claudio Ruggeri, esattore di Spezia, ha fatto ricorso contro codesta sentenza, sostenendo di avere la Corte violato il principio contenuto nell'art. 1151 del Codice civile, secondo il quale l'obbligo del risarcimento incombe a colui per cui colpa sia avvenuto il fatto che ha arrecato danno; imperocchè, consistendo nel caso concreto il danno nel male eseguito pignoramento, di cui dolevasi il Bottai, non potevasi ritenere causa necessaria ed immediata del pignoramento stesso l'errore commesso dall'esattore di Spezia circa il nome del contribuente, bensì la negligenza e l'incuria dell'esattore di Roma il quale volle procedere a quest'atto, non ostante che il Bottai avesse in tempo reclamato, producendo le prove dell'errore in cui si era caduto;

Che in proposito vuolsi osservare di avere la Corte di merito stabilito in punto di fatto di essere fuori contrasto che nella delegazione, trasmessa dall'esattore di Spezia a quello di Roma, fu commesso un errore circa il nome del contribuente moroso, indicandosi costui come Bottai Luigi fu Giuseppe, mentre era Bottai Giuseppe fu Luigi;

Che da ciò trasse la Corte la conseguenza che se Luigi Bottai aveva ben diritto di rivolgere la sua azione di risarcimento contro l'esattore di Roma, che aveva eseguito il pignoramento, non ostante che, come il Bottai affermava, fosse stato fatto accorto di non poter essere lui il debitore, ciò non valeva a far venire meno la giusta ragione della domanda di garantia proposta dall'Esattore di Roma contro quella di Spezia, quando causa prima dell'indebito procedimento fosse stato l'errore commesso dall'ufficiale delegante, il quale aveva l'obbligo di compilare in piena regola gli atti relativi alla delegazione;

Che codesto principio enunciato nella sentenza della Corte debbasi reputare del tutto esatto, imperocchè la diretta responsabilità, che incontra l'esattore verso il contribuente nell'eseguire per obbligo impostogli dalla legge le delegazioni ricevute da altro esattore, non toglie di poter esso esattore rivolgersi in via di rivalsa contro quello, per cui conto procedette agli atti esecutivi, se questi avvennero per erronee indicazioni contenute nel foglio di delega;

Che mal si appone il ricorrente nel censurare la sentenza per aver ammesso che causa propria ed immediata dell'ingiusto pignoramento fosse stato l'avere l'esattore di Roma trascurato di vagliare i documenti e di attendere alle informazioni, che il Bottai gli aveva fornite per chiarire l'identità del contribuente, onde non potevasi più parlare di errore incorso nel foglio di delega, se quest'errore era stato in tempo rettificato colle prove offerte dallo stesso contribuente;

Che la Corte non ha punto risoluto in via definitiva e nel detto senso la questione tra il Bottai e l'esattore di Roma, ma ha abilitato il Bottai, confermando in questa parte il pronunziato del Tribunale, a dimostrare che egli fece quanto era necessario per provare di non esser lui il debitore, e che a malgrado della prova fornita fu operato il pignoramento;

Che non sussiste quindi di essere già un fatto stabilito colla impugnata sentenza che soltanto per incuria e negligenza dell'esattore di Roma, per non aver tenuto in debito conto i chiarimenti e le informazioni avute dal Bottai, fosse avvenuta la esecuzione mobiliare di cui quegli dolevasi;

Che qualche considerazione fatta in questo senso dalla Corte ha soltanto lo scopo di dimostrare la probabilità dell'assunto del Bottai, onde era da ammettere la prova da lui chiesta;

Che ancor meno la Corte ha dato alcun provvedimento definitivo sul merito della domanda di garantia, essendosi limitata a dimostrare il suo fondamento generico, per cui, ammesso pure che vi fosse stata una colpa per parte dell'esattore di Roma, questa non sarebbe valsa ad escludere quella dell'esattore di Spezia, quando fosse dimostrato di avere il primo agito sotto l'influenza dell'errore contenuto negli atti della delegazione, e nel dispositivo la Corte, pur rivocando la sentenza del Tribunale che aveva senz'altro rigettata la domanda in garantia, non per questo accolse la medesima, ma dichiarò di dover l'esattore di Spezia continuare a far parte del giudizio;

Che tutto ciò dimostra come anche le definitive statuizioni sul merito della domanda in garantia siano state rinviate all'esito della prova disposta; sicchè non può dirsi che esista alcuna incompatibilità logica giuridica tra quanto la Corte avrebbe ritenuto come causa del danno nei rapporti tra il Bottai e l'Esattore di Roma, e quanto altrimenti avesse ammesso come causa del danno stesso nei rapporti tra i due esattori;

Che si è dedotto pure dal ricorrente che, avendo la Corte esclusa la responsabilità diretta dell'esattore di Spezia verso il Bottai, non poteva poi far luogo ad un'azione di rivalsa contro quest'ultimo esattore per parte di quello di Roma;

Che neanche questo appunto ha fondamento, imperocchè nelle azioni personali ben può procedere la domanda di garantia contro un terzo, senza che questi sia tenuto in modo diretto verso l'attore principale;

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

7 ottobre 1907 n. 699.

Pagano *Pres.* — Cerza *Est.*

Gigliarelli (avv. *M. Amadei*) contro Gigliarelli (avv. *G. Donati*).

In tema di alimenti la durata, il modo o la misura della prestazione possono variarsi dal magistrato a termine dell'art. 144 cod. civile, secondo le circostanze e senza che le decisioni anteriori abbiano, al riguardo, virtù di cosa giudicata (1).

Così può disporsi che il fratello, invece di continuare a prestare gli alimenti alla sorella in natura ed in sua casa, li presti in una somma di danaro annua, fuori della propria abitazione; e il giudizio del magistrato sull'impossibilità della coabitazione del fratello con la sorella e sull'ammontare dell'assegno alimentario è incensurabile in cassazione (2).

La Corte, ecc. — Del tutto infondato è il ricorso in esame, non sussistendo nè la pretesa violazione e falsa applicazione dell'art. 144 del codice civile, nè il lamentato difetto di motivazione o la contraddizione.

(1-2) Per altro caso di somministrazione di alimenti da fratello a sorella veggasi la sentenza 2 agosto 1904 dell'A. Roma, est. MENICHINI (in questa Raccolta, anno 1905, pag. 116, con nota). Cfr. anche A. Venezia 12 luglio 1906, *Temi*, 1906, 745, e sulla pretesa regiudicata l'A. Palermo 4 novembre 1907, *Foro sic.* 1907, 678.

Sull'incensurabilità dell'apprezzamento del giudice di merito, secondo cui non è opportuno che l'alimentando riceva gli alimenti in natura nell'abitazione di colui che è tenuto a prestarli, si vegga, conformemente, la stessa Cass. Roma nella decisione 22 febbraio 1907, riportata da noi a pag. 176 dell'annata corr. di questa Raccolta.

E di vero dispone il citato articolo che, se dopo l'assegnazione degli alimenti sopravviene una mutazione nelle condizioni di chi li somministra o di chi li riceve, l'autorità giudiziaria provvederà per la cessazione, la riduzione o l'aumento, secondo le circostanze.

Ora, nel concreto caso, essendosi avverata tale mutazione per le aggravate condizioni nella persona di Pastora Gigliarelli, correttamente i magistrati di merito disposero che alla nominata Gigliarelli fosse data una tenue somma in danaro, invece della prestazione degli alimenti in natura da somministrarsi nella casa dei ricorrenti.

E ritennero pure i detti magistrati, in applicazione del citato articolo, che, in tema di prestazione alimentaria, la durata, il modo, o la misura non costituisca giudicato.

Basta poi leggere la denunziata sentenza per vedere che la motivazione della stessa non è deficiente, ma invece esauriente. Infatti, in base a risultanze istruttorie, ed anche a ragioni d'indole morale, la Corte ritenne giustificata la domanda della Gigliarelli, diretta a far mutare il modo della somministrazione degli alimenti, osservando che, pur essendo rimasto immutato lo stato finanziario dei fratelli Gigliarelli, dal momento che la prestazione degli alimenti in natura e mercè coabitazione non era più possibile rendevasi indispensabile che i nominati fratelli Gigliarelli avessero prelevato dalle loro rendite una piccola parte per soccorrere la sorella povera ed inferma, piccola parte di rendita da non dover eccedere approssimativamente il valore degli alimenti che avrebbero dovuto prestare nella loro abitazione. E per tali considerazioni ridusse prudenzialmente il chiesto assegno ad annue lire centottanta. Ed a prescindere dalla esattezza giuridica di tali considerazioni, giova notare che esse sarebbero in ogni caso incensurabili in sede di Cassazione, perchè basate principalmente su criteri di fatto.

In ordine, poi, alla pretesa contraddizione col precedente giudicato, è facile vedere che la stessa non sussiste, per le ragioni innanzi accennate, e specialmente perchè, essendosi riconosciuto con la disposta perizia medica la legittimità e la necessità di un nuovo provvedimento in ordine al modo di somministrare gli alimenti, il provvedimento stesso s'imponeva.

Infine, poi, giova notare che i ricorrenti Gigliarelli non hanno neanche curato di esibire il giudicato del 2-13 gennaio 1906, nel quale dicono trovarsi la contraddizione con la sentenza denunziata.

Che, rigettatosi il ricorso, i ricorrenti, oltre alla perdita del deposito, son tenuti al pagamento delle spese del presente giudizio a favore della resistente.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

23 settembre 1907 n. 702

Pagano *Pres.* — Lago *Est.*

Finanze (avv. erariale *Gregori*) contro Scevola ed altri (avv. *A. Ravani*).

Ente autonomo agli effetti della legge di soppressione 15 agosto 1867 non può esser quello cui manchi una propria dotazione, costituita dal fondatore con beni o cespiti specificatamente designati e segregati dal suo patrimonio (1).

Non è, quindi, ente autonomo il semplice legato di messe, lasciato alla coscienza dell'erede, senza la designazione dei capitali, mobili o immobili, sufficienti ad adempirlo (2).

La Corte, ecc. — Osserva che la questione unica della causa consiste nel sapere se i due controversi legati rivestono o meno i caratteri di enti autonomi.

La Corte di merito, in quanto ai requisiti giuridici che distinguono l'ente autonomo dai semplici legati di messe lasciati a carico dell'erede, ha considerato che in tema di autonomia il legislatore con l'art. 1, n. 6 della ricordata legge 15 agosto 1867, sopprimendo le istituzioni con carattere di perpetuità per oggetto di culto, volle colpire esclusivamente quelle che rivestono la condizione più essenziale alla vita loro, e cioè quelle che abbia-

(1-2) Conforme avviso espresse il Trib. civile di Roma nella sentenza 31 gennaio 1906, est. GINI, pubblicata su questa Raccolta, anno 1906, pag. 496, con richiami di dottrina nella nota.

Della Cassazione romana la più recente decisione conforme è quella in data 24 aprile 1906, est. CERZA, *Foro ital.* 1906, 1, 650, pure con nota che richiama le decisioni anteriori.

no un patrimonio proprio, che si presentino e si estrinsechino con personalità giuridica propria, distinta e separata dal patrimonio trasmesso agli eredi dal testatore e che abbiano una apposita e determinata dotazione sia in immobili, sia in capitali produttivi di un'annua rendita. Manca questa dotazione, così prosegue la sentenza impugnata, e non può risultarne la figura di una fondazione autonoma nella disposizione testamentaria, che ingiunge bensì all'erede l'obbligo di destinare altrettanti immobili, quanti sono sufficienti per l'adempimento dell'onere di culto, ma non determina gl'immobili da destinarsi a tale scopo od il capitale da investire, in qual modo e con quale garanzia, risultandone allora la figura di un semplice legato di messe, il cui adempimento è rimesso alla coscienza dell'erede. Non è a siffatti legati, avvisa la Corte, che si riferisce la comminatoria di nullità poichè, se nel precipuo scopo di non inceppare la libera commerciabilità dei beni volle il legislatore non doversi rispettare le disposizioni intese ad istituire o dotare benefici, cappellanie e simili fondazioni, non volle ugualmente, nè escogitò di vietare ai credenti il diritto di disporre la celebrazione di messe e di gravare di simile obbligo gli eredi.

Ora il pensiero della Corte di Casale, quale si raccoglie dagli esposti ragionamenti, e cioè che non può dirsi autonomo l'ente al quale manca la dotazione propria, costituita dal fondatore con l'effettiva assegnazione di beni specificamente designati e segregati dal suo patrimonio, è giuridicamente inappuntabile, e, lungi dall'accreditare le doglianze infondate dell'Amministrazione ricorrente, ha riportato il costante suffragio di questo Supremo Collegio, come si deduce da molteplici e recentissime decisioni. Autonomia e dotazione propria sono concetti inscindibili; quella è giudicamente impossibile senza di questa, senza cioè la costituzione di un patrimonio a sè, comunque formato di beni immobili e di capitali, e staccato ed avulso dal patrimonio della erede, pel quale l'Ente vive e si regge, dal quale esso trae le risorse per funzionare e pel quale può tradurre in atto la finalità della sua esistenza senza dipendere dal concorso di alcuno.

Non può consentirsi col ricorso che l'assegnazione di una somma per l'emolumento della messa sia l'equivalente della dotazione propria, potendo la somma stessa essere prelevata dalle rendite tanto del patrimonio trasmesso all'erede, quanto del patrimonio di altra derivazione, e non riguarda che la esecuzione di un'obbligazione personale dello onerato, dove l'adempimento rimane l'effetto della di lui volontà e del di lui concorso e perciò talvolta di non sicura attuazione.

Se, pertanto, sotto l'influenza di massime giuridicamente esatte, la Corte di merito si accinse ed esaurì l'esame delle disposizioni testamentarie Tosi e Contardini, il risultato di questo esame resiste ad ogni attacco per la inesistenza delle pretese violazioni di ordine giuridico e sfugge ad ogni controllo, come apprezzamento di fatto.

La Corte, consultando le menzionate disposizioni testamentarie, acquistò la convinzione che dalle medesime non risulta l'intenzione dei testatori di costituire enti autonomi, avendo essi imposto invece all'erede rispettivo di far celebrare le messe, ed avendo il Tosi aggiunto soltanto di farlo con beni ereditari e con altri cespiti sufficienti e liberi, senza alcuna determinazione.

Non omise la Corte di rilevare che il Contardini dispose che, fatta dai suoi beni la detrazione di una somma capitale per l'adempimento del legato di messe, il rimanente doveva essere distribuito ai poveri, ma in ciò dessa non ravvisò che una semplice modalità della esecuzione dell'onere imposto all'istituto dei poveri, erede universale, modalità alla quale il testatore non parve dar molto peso, se non prescrisse la separazione con specifica determinazione del capitale e molto meno alcun vincolo per la sua destinazione, tanto che l'Istituto erede e per esso i suoi amministratori, pure avendo curato la esecuzione della volontà del testatore per la celebrazione delle messe, non avvertirono la necessità di separare ed investire un capitale qualsiasi col vincolo di una speciale destinazione di culto, e provvidero inscrivendo nei bilanci annuali la somma occorrente come obbligo personale. Ond'è che sia pel modo come i menzionati fondatori Tosi e Contardini concepirono, dettarono e regolarono la disposta celebrazione di messe, sia pel modo come da parte del loro comune erede si diede esecuzione alla loro volontà, i controversi legati, non presentando ai riguardi della riferita legge 15 agosto 1867 quella condizione di giuridica esistenza, che fu il presupposto della decretata soppressione, la sentenza impugnata giusta-

mente decise e riconobbe non essere la legge medesima applicabile a quei legati, e così non merita le censure, onde fu investita dal ricorso.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

7 ottobre 1907 n. 708

Basile *Pres.* — Riccobono *Est.*

Fallimento Brugiagrotti (avv. *F. Savarese*) contro Brugiagrotti (avv. *M. La Monica*).

La semplice notifica dell'atto di opposizione al precetto immobiliare, non susseguita dal fatto che porti alla cognizione del giudice la cognizione della controversia e ne ecciti la giurisdizione per risolverla, non basta a costituire la opposizione nel vero suo concetto giuridico per gli effetti della sospensione dell'esecuzione a termine dell'art. 660 codice proc. civile (1).

La Corte ecc. — Osserva che ben fondato si appalesa il presente ricorso.

Vuolsi, invero, rilevare che la opposizione al precetto immobiliare costituisce un incidente del giudizio di espropriazione, che per sua natura richiede la più celere spedizione. Esso risulta da tutto un complesso di atti, così dall'atto di citazione che lo promuove come dagli atti successivi che svolgono e completano l'effetto giuridico della citazione stessa.

La Corte di merito, per giudicare che a sospendere la esecuzione immobiliare senz'altro valga il semplice atto di opposizione notificato nei trenta giorni, si è soffermata alla materialità della parola opposizione al precetto, ma ne ha fallato il significato giuridico, avvegnachè l'art. 660 Cod. proc. civ. non dice già che con la notificazione dell'atto di opposizione rimane sospesa l'esecuzione, ma dice semplicemente che la opposizione si deve proporre nei trenta giorni successivi alla notificazione del precetto e che, se è proposta dopo la scadenza di detto termine, non sospende la esecuzione.

Evidentemente, proporre una opposizione, secondo il concetto del legislatore e il significato giuridico della parola, non vuol dire notificar semplicemente l'opposizione, ma vuol dire invece promuovere ritualmente l'istanza in giudizio e portarla alla cognizione del magistrato che deve risolvere la controversia; e ciò perchè nel nostro sistema processuale intorno alla esecuzione forzata è la pendenza del giudizio incidentale di opposizione al precetto, e non il solo atto iniziatore del giudizio, che produce l'effetto di sospendere di diritto il procedimento esecutivo, siccome si rileva dall'art. 566 dello stesso Codice di procedura civile, il quale, agli effetti della perenzione dei precetto nel caso di opposizione, fa decorrere il termine della perenzione stessa dalla notificazione della sentenza che abbia posto fine all'incidente di opposizione.

Che la semplice notificazione dell'atto di opposizione al precetto, non susseguita dal fatto che porti alla cognizione del giudice la controversia e ne ecciti la giurisdizione per risolverla, non basta a costituire la opposizione nel vero suo concetto giuridico e agli effetti legali di cui all'art. 660 Cod. proc. civile.

Che inopportunamente poi, a sostegno della

---

(1) Il MATTIROLO, *Trattato di dir. giud. civ. italiano*, quarta ediz., vol. VI, n. 409, è recisamente contrario. Egli scrive: «La sospensione (dell'esecuzione) ha luogo *di diritto*, per effetto immediato dell'opposizione regolarmente fatta...; nè la mancanza di comparizione delle parti all'udienza stabilita con la citazione, con la quale si propone l'opposizione, varrebbe a far cessare la sospensione dell'esecuzione operatasi con questa citazione, che si dovrebbe rinnovare a norma del capoverso dell'art. 380 del Codice di procedura civile». Il MATTIROLO cita, in nota, la conforme sentenza della Cass. Torino 15 gennaio 1895.

Anche il RICCI (*Comm. al cod. di proc. civ.*, 7.a ediz., Firenze, Fratelli Cammelli, 1905, vol. III, n. 165) ritiene che basti a sospendere l'esecuzione il semplice inoltro della citazione contenente la opposizione al precetto, e richiama in nota appunto quella sentenza 14 giugno 1877 della Cass. Roma (*Legge* XVII, 553) che è ricordata dall'egregio estensore della decisione che commentiamo. Cfr. anche G. CESAREO-CONSOLO, *Trattato della espropriazione contro il deb.*, vol. III, pag. 567.

L'ostacolo, posto con la suddetta opposizione alla continuazione della procedura esecutiva non è rimosso con la semplice sentenza che la opposizione rigetta, a meno che la sentenza non sia munita della clausola di esecuzione provvisoria (Cass. Firenze, 1 giugno 1907, *Temi* 1907, 614) — e trovasi pur insegnato che, quando la opposizione venga rigettata, il procedimento esecutivo ha d'uopo, per andare innanzi, non solo della notifica della sentenza di rigetto, ma anche della prefissione, al debitore, di un termine di dieci giorni pel pagamento (A. Palermo, 22 giugno 1906, *Foro sic.* 1906, 358).

opposta tesi, la Corte di merito ha invocato l'art. 338, che dichiara perenta l'istanza dopo il decorso di tre anni, perchè conservare gli effetti giuridici di una istanza per tre anni, non ostante la desidia delle parti, è ben diverso dalla virtù di sospendere e paralizzare la forza dei giudicati e degli altri titoli esecutivi.

Che invece ben si è invocata dal ricorrente, a sostegno della sua tesi, l'autorità di questo stesso Supremo Collegio e i principi da questo sanciti con la decisione 14 giugno 1877 nella causa Ricci contro il Municipio di Aquila, che cioè la regola dettata dall'art. 660 del Codice di proc. civile, per la quale la opposizione al precetto immobiliare ha virtù di sospendere il procedimento esecutivo, va intesa nel senso che la opposizione sia stata proposta in guisa da poter operare il suo effetto giuridico, vale a dire che per essa si sia iniziato un giudizio e che questo giudizio sia dibattuto tra l'opponente e il creditore espropriante: e che un atto di opposizione, non istituito e non portato a discussione, si risolve in una semplice protesta incapace di produrre l'effetto gravissimo di sospendere e paralizzare gli effetti di un titolo munito di parata esecuzione.

Che più sottile che solida si appalesa la osservazione della difesa del resistente, che cioè il negare all'atto di opposizione la virtù sospensiva significa ammettere la inefficacia o la decadenza dell'azione proposta; imperocchè all'opponente, che ritarda od omette di portare l'incidente alla cognizione del magistrato, nulla vieta di portarlo a discussione anche nella pendenza del procedimento esecutivo e domandarne la sospensione, ciò che nel caso in ispecie l'Adriano Brugiagrotti non curò mai di fare, nè quando fu citato per sentir autorizzare la vendita, nè dopo e durante il giudizio di appello, riconfermando in tal modo che l'atto di opposizione da lui prodotto avverso il precetto immobiliare, a parte che a raggiungere il valore dalla legge attribuito alla opposizione avrebbe dovuto assumere forma concreta avanti il magistrato, tal valore mai esso ebbe nel pensiero dello stesso opponente, il quale ha ben dimostrato di non averlo considerato come necessariamente diretto ad instaurare un giudizio incidentale di opposizione, ma come un temporaneo espediente dettato dalla semplice ed erronea credenza di aver paralizzato l'azione esecutiva.

Che bastano le premesse considerazioni a giustificare il chiesto annullamento della denunziata sentenza.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

21 ottobre 1907 n. 709

Pagano *Pres.* — Riccobono *Est.*

Crescini (avv. *F. Ludovisi*) contro Speranza (avv. *G. Serra*).

Quando una delle parti abbia formalmente domandato la surrogazione del perito per non aver questi nè presentata la perizia nei termini stabiliti, nè chiesta una proroga avanti che i termini scadessero, non può il magistrato rinnovare al perito l'incarico, ma deve nominarne sempre un altro, anche nel caso che si giustifichi il ritardo nella presentazione della perizia (1).

La Corte ecc. — Con fondamento di ragione si denunzia la violazione delle disposizioni di legge indicate nel primo e nel secondo mezzo, per avere la impugnata sentenza sostanzialmente ritenuto che il giudice, nel tempo stesso che riconosce e dichiara la decadenza del perito giudiziale dall'incarico ricevuto, possa rinnovargli l'incarico stesso,

---

(1) La tesi adottata è conforme a quella espressa già dalla medesima Corte nella decisione 16 luglio 1895, *Foro ital.* 1895, 1, 972, decisione ricordata anche nel testo dell'attuale sentenza.

Che la nullità della perizia giudiziale per la sua presentazione dopo la scadenza del termine stabilito non possa dichiararsi se non dietro istanza di parte fu ultimamente deciso dalla Cass. Firenze 9 luglio 1906, in *Temi* 1906, 676. Cfr. pure L. MARONI, in *Corte Anc.* 1905, 1, 219.

Si avverta, poi, che nei procedimenti davanti i pretori non sono applicabili le forme e i termini di rigore stabiliti dal Codice di procedura in materia di perizia — e che la declaratoria di decadenza del perito per ritardo nella presentazione della relazione sua dev'essere chiesta prima che la perizia venga depositata (Cass. Roma 8 giugno 1906, est. SETTI, in *Legge* 1906, 1252). Cfr. anche A. MUSCOLINO, *Dell'ammissibilità della decadenza dalla prova peritale nei giudizi davanti i pretori*, nella stessa rivista *La Legge* annata del 1904, col. 2277 e segg.

non ostante che alcuna delle parti abbia già formalmente domandato la di lui surrogazione.

Per disposto dell'articolo 263 Cod. proc. civile, se i periti non possono compiere le loro operazioni nel termine stabilito, possono prima della scadenza domandare una proroga con ricorso al presidente, il quale, sentite le parti, provvede.

E, per il disposto dell'art. 47, a tal proroga non è luogo se la domanda non sia stata proposta prima della scadenza del termine.

Sanziona, poi, l'art. 268 che il perito, il quale ritarda o ricusa di presentare la relazione nel termine stabilito o prorogato, decade di diritto dalla nomina e le parti possono senz'altro chiederne la surrogazione.

Che di fronte a sì categoriche disposizioni della legge, e poste le condizioni di fatto da essa prevedute, non può il giudice sottrarsi dal pronunziare la decadenza del perito, che dalle parti venga domandata.

Ben vero, poichè la decadenza del perito, nonchè la nullità della perizia depositata fuori il termine trovansi dalla legge dettate nell'esclusivo interesse delle parti, la concorde giurisprudenza ha ritenuto che il giudice non possa pronunziarla di ufficio, cioè senza una istanza di alcuna delle parti, argomentando in proposito dalla locuzione adoperata, in confronto di precedenti legislazioni, dal vigente codice di rito: « Le parti possono chiedere senz'altro la surrogazione », onde ravvisarvi la facoltà lasciata alle parti, o di far procedere a nuova perizia a mezzo di nuovo perito, o, rinunziando espressamente o tacitamente al diritto di far valere la decadenza del perito e la conseguente nullità della perizia, dare nuova vita al mandato dal quale il perito era già decaduto.

Ma se, avveratasi la decadenza, una delle parti proponga la domanda di surrogazione del perito, non può il giudice, insieme alla dichiarazione di decadenza del perito, non pronunziare la chiesta surrogazione del perito stesso, e cade poi nella più evidente contraddizione se, pronunziando la decadenza del perito, ritenendolo già spogliato dell'incarico, lungi dal surrogargli altro perito, gli rinnova lo stesso incarico, quasi surrogandolo a lui stesso.

Che statuizione siffatta vanamente la impugnata sentenza vuol giustificare semplicemente affermando che il perito non aveva potuto esaurire l'incarico per caso di forza maggiore, poichè questa erroneamente s'invoca contro una decadenza che per espressa disposizione della legge si è operata di diritto.

Dell'intervento o meno di forza maggiore, che possa giustificare la mancata presentazione della relazione di perizia nel termine stabilito, la legge consente che si discuta e si tenga conto sol quando sia stata proposta domanda di proroga nel termine regolarmente, cioè prima della scadenza del termine anzidetto.

Nel caso in esame il perito Mercati propose domanda di proroga quando già era scaduto il termine per la presentazione della perizia e quindi si era verificata la sua decadenza dalla nomina. Ora tutto ciò riconosce la denunziata sentenza ed esplicitamente dichiara di non potersi far luogo alla proroga domandata dal perito, perchè non proposta prima della scadenza del termine, e intanto, pur negando ad esso perito la chiesta proroga, gli rinnova l'incarico con assegnargli un nuovo termine per darvi esecuzione!

Che se occorresse più oltre ancor dimostrare l'errore in cui è caduta l'impugnata sentenza, già abbastanza evidente per le cose già dette, varrebbe anche l'osservare ciò che altra volta osservò questo Supremo Collegio nella sua decisione ricordata dal ricorrente, che, cioè, stante la contestazione giudiziale agitatasi fra una delle parti, il Crescini, ed il perito Mercati, in ordine alla di costui decadenza dalla nomina, una grave ragione s'imponeva al giudice per distoglierlo dal far cadere la nuova scelta del perito nella persona stessa del perito decaduto, l'esser cioè venuta già meno la fiducia, necessario presupposto nel rapporto del litigante verso il perito, per il fatto della lite, che per disposizione di legge costituisce un motivo di ricusazione così del giudice, come del perito.

Che alla cassazione dell'impugnata sentenza basta l'accoglimento degli anzidetti due mezzi del ricorso, ma, a volere anche esaminare il terzo, non men fondata si appalesa la censura di avere anche il giudice del merito pronunziato su cosa non domandata, poichè, come sopra è stato riferito, le parti rispettivamente discussero i due contrari assunti: o doversi accordare la proroga chiesta dal perito per la presentazione della perizia, giustificata la causa del ritardo, o, per l'opposto, dichiararsi la decadenza di esso pe-

rito con la surrogazione di altro perito; ma nessuno discusse se, pronunziandone la decadenza, potesse nuovamente affidarsi l'incarico allo stesso perito.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

21 ottobre 1907 n. 710

Pagano *Pres.* — Coletti *Est.*

Zona (avv. *C. Gallini*) contro Finanze (avv. erariale *Della Monica*).

Se il Ricevitore del Registro, per la riscossione delle tasse e sopratasse di successione, procede esecutivamente contro l'usufruttuario e l'erede proprietario, il reclamo in via amministrativa promosso dal primo in base all'art. 135 del testo unico 20 maggio 1897, se ha effetti sospensivi per lui, non li ha certamente per il secondo che non ha reclamato (1).

Omessa la denuncia di alcuni cespiti successori ed agendosi dal fisco per l'esazione delle tasse e multe dovute, il giudizio, che l'erede promuova eccependo la prescrizione, non è procedibile senza la quietanza del pagamento relativo in virtù della regola solve et repete (2).

La tassa dovuta per successioni non denunziate o per cespiti omessi in una denuncia successoria è sempre tassa principale e non suppletiva (3).

La Corte, ecc. — Nel 14 gennaio 1896 moriva in Calvi-Risorta il barone Girolamo Zona, dopo aver nominato delle proprie sostanze erede usufruttuaria la moglie Angelina Ferrari ed eredi nella proprietà i fratelli suoi Luigi, Francesco, Enrico e i nepoti Zona e Dragonetti.

La usufruttuaria eseguì la denuncia agli effetti della tassa di successione e ne soddisfece l'importo per la parte ad essa spettante, tanto sulla base della primitiva denunzia, quanto su gli aumenti concordati e su diversi cespiti che erano stati omessi.

Nessuna denunzia fu presentata dagli eredi proprietari e conseguentemente nessuna tassa venne dai medesimi pagata, di tal che il Ricevitore del Registro di Teano dal giugno 1897 al marzo 1903 faceva ai medesimi notificare parecchie ingiunzioni per 'l pagamento della complessiva somma di L. 16,471.50 (tassa, multa e spese) e poi l'Intendente di Finanza di Caserta nel 20, 22 e 24 agosto 1904 intimava precetto immobiliare non solo agli stessi eredi nella nuda proprietà, ma benanche alla vedova erede nel solo usufrutto, sebbene non fosse più debitrice, avendo già soddisfatta la tassa a lei spettante.

Produssero opposizione a tale precetto con atti 16 e 21 settembre 1904 la baronessa vedova e gli eredi Zona, la prima opponendo di aver reclamato in via amministrativa contro la ingiunzione senza ricevere risposta, e che in ogni modo non era di nulla debitrice, — gli altri eccependo la prescrizione.

Il Tribunale civile di Santa Maria Capua Vetere con sentenza 5-9 maggio 1905, su riflesso che il reclamo amministrativo prodotto dalla vedova, erede dell'usufrutto, che giovava anche agli eredi nella proprietà, era di ostacolo al procedimento esecutivo, pendente la risoluzione amministrativa, dichiarò nullo e di nessun effetto giuridico l'impugnato precetto.

Appellava la Finanza, e producevano appello incidente e condizionato gli eredi Zona, insistendo sulla prescrizione. La Corte d'appello di Napoli con sentenza 7-21 dicembre 1906 accolse l'appello principale della Finanza e respinse quello incidentale condizionato degli eredi Zona. Per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale, dichiarò nullo

---

(1) Così fu giudicato che, intimata, sotto diverse date a più debitori l'ingiunzione per il pagamento di tassa suppletiva, il termine di 15 giorni, entro i quali è ammissibile l'opposizione senza il previo pagamento, decorre per ciascuno di essi dalla data sotto la quale seguì nei di lui particolari rapporti la notificazione dell'ingiunzione stessa, senza che il debitore opponente possa giovarsi della data posteriore, sotto cui la notificazione fu fatta di rincontro agli altri condebitori (A. Parma 4 marzo 1887, citata dall'UBERTAZZI, *La legge sulle tasse di registro*, n. 652, pag. 386).

(2) Conformi: stessa Cass. Roma 14 aprile 1894, in *Massime*, n. 9869, e UBERTAZZI, *op. cit.*, numero 649, *d*).

(3) *Ius receptum* delle varie autorità giudiziali, specialmente della Corte Suprema di Roma. Cfr. la dec. 24 ottobre 1904, *Foro ital.* 1904, 1, 1421, e le altre 1 marzo 1880, 28 dicembre 1883, 25 aprile 1884, 8 gennaio 1886, 25 marzo 1887, ricordate dall'UBERTAZZI, *op. cit.*, n. 641, 7.

il precetto nei riguardi della vedova, non perchè aveva reclamato in via amministrativa contro la ingiunzione, ritenendo il reclamo privo di efficacia sospensiva, ma soltanto perchè la Finanza non aveva più alcun diritto creditorio contro di essa che aveva totalmente soddisfatto il debito; e dichiarò, nei rapporti degli eredi Zona, inammissibile allo stato degli atti la opposizione.

Considerò quel Collegio, in ordine all'appello principale, che la Finanza giustamente dolevasi di avere il Tribunale attribuito virtù sospensiva al reclamo amministrativo pendente la sua risoluzione; in primo luogo perchè tale virtù la legge non gli attribuisce, in secondo perchè in ogni caso la pretesa efficacia sospensiva del reclamo prodotto dalla usufruttuaria non si poteva estendere alle ingiunzioni mai opposte dagli eredi Zona.

Considerò sull'appello incidente condizionato che, trattandosi di tassa principale (tale essendo anche quella dovuta sui cespiti omessi nella denuncia), qualsiasi disamina, compresa quella sulla prescrizione, trovava ostacolo nel principio fiscale del *solve et repete*, non avendo gli eredi Zona adempiuto alla condizione del previo pagamento della tassa.

Contro tale sentenza ora ricorrono per annullamento gli eredi Zona con tre mezzi svolti sobriamente, ma chiaramente nella memoria stampata.

Primo mezzo: violazione del combinato disposto degl'art. 101, 103, 109, 138 della legge sulla tassa di registro (testo unico, 20 maggio 1897, n. 217) e dell'art. 66 del nuovo testo unico della legge sulla riscossione delle imposte 28 giugno 1902, n. 281, nonchè dell'art. 517, n. 2, Codice di proc. civ., per contraddittoria motivazione equivalente a difetto di motivazione.

Essendosi dagli eredi Zona, che mai presentarono la denuncia e mai furono richiesti di liquidare la tassa, eccepita la prescrizione, non era il caso del *solve et repete*, sia perchè la eccepita prescrizione, fondata sulla presunzione di pagamento, è una eccezione *de soluto*, sia perchè le penalità sono estinte.

Secondo mezzo: violazione degli art. 125, 135 e 137, in rapporto anche alle leggi citate nel primo mezzo, della citata legge di registro. Il Tribunale aveva giustamente ritenuto che il ricorso in via amministrativa, fatto dalla usufruttuaria, dovesse giovare anche agli eredi Zona e avesse efficacia di sospendere il pagamento, a differenza del reclamo giudiziario il quale non sospende.

La Corte ha negato questa equà e giusta applicazione della legge; epperò è caduta nelle indicate violazioni.

Terzo mezzo: violazione dell'art. 129 della ripetuta legge sul registro: La somma richiesta col precetto è formata di *tassa e multa*. Ora per il citato articolo le penalità si estinguono decorsi i cinque anni dalla apertura della successione, e sono dovute (soggiunge la legge) le sole tasse. Sarebbe, quindi, nella peggiore ipotesi, estinto il credito per la multa e non si poteva più domandare di essa il pagamento.

Osserva, in diritto, il Supremo Collegio che, come pregiudizialissima alle altre, debba essere esaminata e risolta la questione proposta col mezzo secondo, col quale si sostiene che, pendente la decisione amministrativa sul ricorso, per quella via avanzato dalla usufruttuaria, la Finanza non poteva procedere agli atti esecutivi contro i debitori della tassa.

Che, pur ammettendosi in tesi coi ricorrenti la efficacia sospensiva del ricorso amministrativo in base all'art. 135 della legge sul registro (testo unico 20 maggio 1897), come in tema di tassa suppletiva decise questo Supremo Collegio con sentenza del 4 giugno 1901 in causa Castaldi contro Finanze, in concreto, per le peculiari circostanze affermate sovranamente dai giudici di merito, il precetto ingiuntivo, intimato dalla Finanza agli eredi Zona, non poteva trovare ostacolo nel reclamo amministrativo non da essi eredi Zona, ma presentato dalla usufruttuaria vedova Ferrari nel proprio esclusivo interesse, come pure ha ritenuto in fatto la denunziata sentenza.

Che, anche ammesso nonpertanto, contro l'avviso della Corte di appello, per fondato l'assunto dei ricorrenti, che il reclamo prodotto dalla usufruttuaria pure giovasse agli eredi proprietari, di tal che neppure contro di costoro la Finanza avrebbe potuto intimare il precetto, pendente la risoluzione amministrativa, non doveva l'Amministrazione tenerne ulteriore conto e doveva averlo per caducato, posto che, come non è controverso tra le parti, e come risulta dalla sentenza della Corte d'appello, la vedova ricorrente, anzichè insistere sul reclamo, preferì di soddisfare senz'altro la tassa a suo carico.

Che di conseguenza non sussistono le vio-

lazioni denunciate col secondo mezzo, per la specifica considerazione che, quando la Finanza spedì il precetto, il reclamo amministrativo più non esisteva, avendolo virtualmente ritirato la parte che l'aveva prodotto, e, non esistendo, non poteva evidentemente formare ostacolo alla prosecuzione degli atti.

Osserva sul primo mezzo e contemporaneamente sul terzo, il quale non è che la ripetizione dell'ultima parte del primo (estinzione della multa per la prescrizione quinquennale), che i ricorrenti, per disapplicare nei loro riguardi il privilegio fiscale del *solve et repete*, non a proposito invocano la prescrizione.

E' da avvertire, innanzi tutto, che gli articoli 101, 103 e 109 del testo unico succitato, che i ricorrenti affermano a torto violati, non hanno punto che vedere con la fattispecie. Invero con gli ora citati articoli s'interdice all'erede ed al legatario l'esperimento delle proprie ragioni, sia in giudizio, sia presso gli uffici amministrativi, senza la prova della eseguita denuncia della eredità o del legato di cui trattasi e senza la prova dell'integrale pagamento della tassa, se il termine sia decorso (art. 101); si stabilisce che la ineseguibilità ed inefficacia degli atti può essere opposta dalle parti e deve in ogni caso essere rilevata di ufficio dal giudice (art. 103); e si commina una penalità al giudice che contravviene a questo precetto (art. 109). Tutte codeste disposizioni hanno lo scopo di far sì che le denuncie non sfuggano alla Finanza e che possa questa conseguire più facilmente la riscossione della tassa. Se la denuncia non fu fatta, se la tassa non fu pagata, col divieto all'erede ed al legatario di agire in giudizio e per via amministrativa, se non prova la denunzia e il pagamento, se del caso, la legge li ha posti nella necessità di non sfuggire, senza danno, alla denuncia ed al pagamento. Ora riesce palese che tutto questo non può verificarsi altrimenti se non nella ipotesi in cui l'erede ed il legatario spiegano azioni in giudizio per esercitare contro terzi i diritti loro pervenuti dalla eredità o dal legato, o quando domandano in via amministrativa i provvedimenti di legge per effetto della stessa eredità o del legato, e mai nell'altra ipotesi, come è la specie attuale, in cui gli eredi non esercitano un diritto ereditario, ma contrastano alla Finanza la soddisfazione di un dovere, il pagamento della tassa, nella quale seconda ipotesi la Finanza nulla ha da scoprire che non le fosse già noto, agendo precisamente contro i contribuenti allo scopo di essere soddisfatta dell'imposta spettante all'erario per il trasferimento della proprietà.

Che, esclusa l'applicazione dell'art. 101 nel caso di contestazione con la Finanza, devesi pure escludere quella del suo capoverso, per cui cessa l'obbligo della prova o della enunciazione della eseguita denuncia o del pagamento, decorso il termine delle prescrizioni stabilite dalla legge per le tasse e penali esigibili nei casi suddetti, imperocchè, formando la disposizione di cotesto capoverso una eccezione alla regola stabilita nella prima parte dello stesso articolo, la sua applicazione non può essere estesa ad ipotesi diversa, senza cadere nell'arbitrio. Nè vuolsi prescindere dall'osservazione che la prescrizione in quel capoverso menzionata non sarebbe per anco maturata.

Non avendo gli eredi Zona mai presentato denuncia, occorreva il decorso di dieci anni dal giorno dell'apertura della successione per prescrivere (art. 126, n. 4, ripetuto testo unico). Ma i giudici di merito hanno con la sentenza constatato in fatto che il barone Girolamo Zona, della cui successione si tratta, morì nel 14 gennaio 1896 e che, oltre alle diverse ingiunzioni, la Finanza intimò agli eredi Zona il precetto in agosto 1904, estremi che denotano con matematica evidenza che non 11, come i ricorrenti deducono, e neppure 10 anni trascorsero dall'apertura della successione al precetto ingiuntivo, ma soltanto 8 anni, mesi 6 ed alcuni giorni, insufficienti per il decorrimento della prescrizione.

Che unicamente applicabile alla fattispecie era l'articolo 138 dello stesso testo unico, e devesi riconoscere che del medesimo la denunciata sentenza fece retta applicazione. In questo articolo è sancito un principio gravoso per il contribuente, ma necessario nell'interesse pubblico, onde non ritardare la esazione delle imposte e delle tasse indispensabili alla esistenza dello Stato ed al doveroso e legittimo esplicamento dei pubblici servizi, come opportunamente osserva la sentenza della Corte di merito. Il principio è quello nella pratica chiamato: *solve et repete*.

L'art. 138 statuisce: « Non saranno ammessi in giudizio ricorsi, opposizioni o istanze contro l'ingiunzione a pagamento o contro la liquidazione delle tasse e pene pecuniarie, che dall'ufficio di registro si riconosceranno

dovute, quando l'atto d'opposizione non sia corredato dalla quietanza del pagamento della tassa ».

E' chiaro ed evidente il precetto della legge: l'opposizione è inammissibile, se l'opponente non presenti la ricevuta della tassa, cioè non dimostri il pagamento, e, avendo la sentenza impugnata rilevato che gli opponenti Zona non avevano corredata la opposizione con la quietanza, non poteva in osservanza della legge prescindere dal dichiarare inammissibile la opposizione.

Ma i ricorrenti obbiettano che la prescrizione è in sostanza una eccezione *de soluto* ed equivale alla esibizione della quietanza, e che si era di fronte a supplemento di tassa per aumenti neppur concordati e a multe o penalità, le quali non soggiacciono mai alla regola del *solve et repete*.

Osserva il Supremo Collegio che il primo di cotesti obbietti non ha valore per il chiaro disposto dell'art. 138. Per fermo la prescrizione è uno dei modi, coi quali le obbligazioni si estinguono, ma non è il pagamento, e l'art. 138 per l'ammissibilità in giudizio dei ricorsi, opposizioni od istanze esige la prova del pagamento mediante la esibizione della quietanza.

Il secondo s'infrange contro l'apprezzamento di fatto della sentenza, che non può essere in questa sede cambiato. La sentenza, invero, ritiene che la tassa chiesta dalla Finanza è principale, non suppletiva, osservando giustamente che anche la tassa su cespiti omessi è principale, essendochè l'aumento non deriva da sbagliata valutazione degli enti ereditari, passivi od attivi, o da errata determinazione dell'ammontare della tassa, nella cui ipotesi si ha il supplemento di tassa, per il quale è ritenuto che non vige la regola del *solve et repete*, ma è l'effetto di essersi scoperti nuovi cespiti tassabili, pretermessi e non contemplati nella prima liquidazione.

A confutazione del terzo obbietto, che riguarda le multe e penalità, basta leggere il disposto dell'art. 138, il quale applica la regola del *solve et repete* anche alle opposizioni delle *pene pecunarie*. Nè giova ricorrere all'art. 129 e dire che le penalità sono estinte per la prescrizione quinquennale e che sono dovute soltanto le tasse, imperocchè questa, che è quistione di merito, non poteva essere esaminata prima che la opposizione si fosse resa ammissibile con la prova del pagamento che qui è mancata.

Che pertanto niuna delle allegate violazioni è fondata, e meno ancora l'altra dell'articolo 66 del nuovo testo unico 28 giugno 1902 sulla riscossione delle imposte, il quale ultimo articolo 66 anzi è contro la tesi sostenuta dai ricorrenti, dappoichè ribadisce il principio che, senza il pagamento e la esibizione della quietanza, in materia d'imposte non è ammessa sospensione di atti.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

28 ottobre 1907 n. 711

Pagano *Pres.* — Cosentini *Est.*

De Santis (avv. *L. Mattioni*) contro Amati (avvocato *F. Nevi*).

Il rimedio della cassazione può sempre sperimentarsi avverso quei provvedimenti dell'autorità giudiziaria che importano esercizio di giurisdizione e non sono altrimenti impugnabili (1).

Il decreto, però, con cui viene negata al contumace la riapertura della discussione è opponibile dinanzi al Collegio in conformità del disposto dell'art. 183 *cod. proc. civile: quindi contro di esso non è consentito il ricorso per cassazione* (2).

La Corte ecc. — *Fatto.* Nel marzo dell'anno 1906 Tranquillo Amati convenne Pietro Gionchetti e Nicola De Santis innanzi al Pretore di Terni per sentirli condannare in so-

(1) Questione ancora controversa, nella quale il Supremo Collegio ebbe, da ultimo, a decidere difformemente dalla sentenza che commentiamo (cfr. le decisioni 6 agosto 1906, est. NIUTTA, e 5 novembre 1906, est. GIORDANI, in questa Raccolta, 1906, pag. 448, e 1907, pag. 19, con richiami di giurisprudenza e di dottrina).

(2) Non crediamo che possa sorger dubbio su questo punto, e nella pratica il decreto presidenziale, che abbia negata la riapertura della discussione, l'abbiamo visto sempre impugnato a termine dell'art. 183 Cod. proc. civile. Si consulti, ad esempio, l'A. Bologna 7 novembre 1906, est. COCCONI, in *Temi*, 1906, 870.

lido al pagamento di lire 150, prezzo di un cavallo loro venduto, ed accessori di spese ed altro.

S'impugnò dai convenuti che l'Amati fosse stato il venditore del cavallo, e, quindi, il suo diritto a riscuotere il prezzo di quel cavallo; e, dopo l'espletamento di una prova testimoniale, l'adito Pretore, con sentenza resa del 1 giugno 1906, accolse l'istanza dell'attore, condannando analogamente i convenuti.

Da codesta sentenza si appellarono i soccombenti, chiedendo il rigetto delle istanze dell'Amati, o, quanto meno, l'ammissione di altre prove; ma nell'udienza di spedizione della causa comparve il solo Gionchetti, restando il De Santis contumace.

Il Tribunale di Spoleto con sentenza pubblicata il 31 dicembre 1906, dichiarata la contumacia del De Santis, rigettò l'appello, condannando gli appellanti alle spese del giudizio. Ma, prima che tale sentenza venisse pubblicata, il De Santis, con istanza scritta, in seguito della sua comparsa conclusionale difensiva, aveva chiesto al presidente dello stesso Tribunale di Spoleto la riapertura della discussione con la destinazione di una nuova udienza per la comparizione delle parti, e quel funzionario con decreto del 21 stesso dicembre 1906 aveva rigettato quella dimanda, considerando che l'Amati aveva chiesto il rigetto senza esame dell'appello proposto dal De Santis per la non comparizione del medesimo e per la mancata produzione degli atti e dei documenti della causa, e che, non essendo il De Santis comparso, nè avendo egli prodotto gli atti e documenti, non poteva ottenere la dimandata riapertura di discussione.

La sentenza resa dal Tribunale di Spoleto fu notificata al De Santis il 30 gennaio 1907, ed egli con atto notificato all'Amati nel 30 aprile successivo la impugnò per cassazione, estendendo tale gravame anche al suindicato decreto presidenziale; e, deducendo un solo mezzo di annullamento, espone:

Che il Presidente del Tribunale di Spoleto violò col suo decreto gli articoli 49 e 51, capoverso, del regolamento 31 agosto 1901, per l'esecuzione della legge sulla riforma del procedimento sommario; dappoichè, avendo l'altro appellante Pietro Gionchetti prodotto la sentenza resa dal giudice di primo grado ed i documenti della causa, tale produzione era sufficiente per potere i giudici di appello emettere la loro pronunzia anche nei rapporti di esso De Santis, e quindi dovevasi accordare la riapertura della discussione della causa.

Che la violazione della legge commessa dal Presidente produce la nullità della sentenza resa dal Tribunale, il quale, per la negata riapertura della discussione, illegalmente dichiarò contumace una parte che era regolarmente comparsa in giudizio, violando per tal modo gli articoli 38 e 386 del Cod. di proc. civile, 49 e 51 capoverso del regolamento 31 agosto 1901.

In diritto. Osserva che il ricorso prodotto dal De Santis contro il decreto emesso dal Presidente del Tribunale di Spoleto non è ammissibile. Difatti, sebbene il rimedio per cassazione, ammesso dalla legge con l'articolo 517 del Cod. di proc. civile contro le sentenze pronunziate in grado di appello, possa ritenersi ammissibile anche contro quei provvedimenti dell'autorità giudiziaria, che importino esercizio di giurisdizione, e che siano irretrattabili, nel fine di portare rimedio alle possibili violazioni della legge commesse con essi, tuttavia affinchè si avveri l'ipotesi summentovata occorre che il provvedimento che si denunzia per cassazione non sia per sua natura riparabile con altro mezzo permesso dalla legge, poichè diversamente verrebbe a mancare la ragione che giustifica l'interpretazione estensiva della legge, che dianzi si è accennata.

Ora, nella specie in esame, contro il decreto presidenziale, che si denunzia, era dato al De Santis di proporre opposizione in confor-

---

Diverso è il caso che il presidente abbia riaperta la discussione contro il disposto della legge. In tal caso, la domanda per nullità del decreto presidenziale può proporsi direttamente al Collegio, quando torna a cadere la discussione riaperta, senza bisogno di adire la via incidentale che il suddetto art. 183 ha tracciato.

In proposito si vegga la decisione 25 marzo 1905 della Cass. di Torino (*Foro ital.* 1906, 1, 749), secondo cui il decreto presidenziale di riapertura della discussione in onta all'art. 51 del regolamento 31 agosto 1901 (per mancato preventivo deposito dei documenti di appello) può utilmente eccepirsi di nullità dinanzi al Collegio, quantunque siano decorsi più di tre giorni dall'emanazione del decreto medesimo.

mità di quanto si prescrive con l'articolo 183 del Cod. di proc. civile, essendo i decreti presidenziali equiparabili alle ordinanze che si emettono dalla autorità agli effetti dei possibili rimedi. E poichè il De Santis non si avvalse di quel mezzo contro l'anzidetto decreto, che si denunzia per cassazione, per indi provocare il giudizio del Tribunale sulla legalità di quanto erasi disposto dal Presidente, non può egli venire in oggi proponendo un ricorso non consentito nemmeno dalla più larga interpretazione della legge.

Osserva che si ravvisa infondato l'altro capo del ricorso, col quale si denunzia la sentenza del Tribunale di Spoleto del 24 dicembre 1906; dappoichè, ammettendo lo stesso ricorrente che egli non comparve nell'udienza in cui fu discusso l'appello, si verificava l'ipotesi regolata dall'art. 380 del Cod. di proc. civile., e ben dal Tribunale fu ritenuta e dichiarata la contumacia. Nè a giustificare il contegno del De Santis vale la dimanda da lui fatta per la riapertura della discussione, perchè, respinta con provvedimento divenuto irretrattabile, non potè produrre alcun effetto giuridico.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

28 ottobre 1907 n. 714

Pagano *Pres.* — Cosentini *Est.*

Monaldi (avv. *M. Pieroni*) contro Felici ed altri (avv. *A. Gabrielli*).

Anche nei giudizi di pretura, se il cambiamento di stato di una delle parti (minore divenuto maggiore) *si verifica dopo la scadenza del termine a comparire, esso non è operativo agli effetti dell'art. 332 cod. proc. civile, finchè non sia regolarmente notificato; e quindi, se tale notifica non interviene, il giudizio, iniziato col contraddittorio del rappresentante del minore e poscia rimasto abbandonato, bene è riassunto con citazione notificata a cotesto rappresentante, anche se nel frattempo il minore è divenuto maggiore* (1).

La Corte, ecc. — Osserva che il ricorrente, svolgendo il dedotto motivo di cassazione, espone che, sebbene sia vero che con la citazione riassuntiva del 14 aprile 1880 non si istituì il giudizio, ma soltanto gli si dette ulteriore movimento, tuttavia, non essendovi nei giudizi pretoriali un vero ministerio di procuratore agli effetti del procedimento, quell'atto doveva essere notificato alle parti in causa, e tali erano i fratelli Isidoro e Ferdinando Monaldi, non il loro ex tutore Vincenzo Berardi;

Che non erano i detti fratelli tenuti a notificare il loro cambiamento di stato, ma incombeva alla parte che riassumeva il giudizio di conoscere il vero stato dei convenuti in causa, massimamente perchè trattavasi di cambiamento di stato che si verificava in virtù di legge.

Che codesto esame non venne neppur fatto dal Tribunale, il quale cadde anche in contradizione, perchè, dopo avere affermato che i Monaldi prima della citazione riassuntiva non avevano costituito procuratore, affermò poi che la riassunzione del giudizio fosse valida in confronto del loro procuratore.

Che inoltre i giudici del merito violarono l'art. 336 del codice di procedura civile, stabilendosi col detto articolo, che la riassunzione d'istanza debba esser fatta nei modi e nei termini stabiliti per la citazione introduttiva

---

(1) Una fattispecie identica fu decisa dal nostro Supremo Collegio in questo stesso anno, come risulta dalla decisione 29 aprile 1907, est. NATALE, pubblicata più indietro nella presente Raccolta, anno corr., pag. 393.

La Cass. Napoli, 23 novembre 1906, decise che la sola ammissione di una persona nel manicomio non induce cambiamento di stato e non dà, quindi, luogo a riassunzione d'istanza (*Gazzetta proc.* XXXIV, 373).

La Cass. Torino 29 aprile 1907 dice valida la notifica che del ricorso per cassazione si faccia ad una ditta in persona di un socio defunto nelle more del giudizio di merito, se della morte di costui non fu data al ricorrente legale notizia (*Giur. tor.* 1907, 692).

Infine la Cass. Roma 14 dicembre 1905 avvertì che è necessaria, per la riassunzione d'istanza nel caso di morte di una delle parti, la notificazione all'altra parte di tale avvenimento, anche quando esso costituisca un fatto notorio per essere stato il defunto un ufficiale pubblico (*Cassazione unica civile*, 1906, 464).

del giudizio; onde, nel caso, l'atto di riassunzione doveva essere notificato ai fratelli Monaldi. E senza tener conto dell'avvenuto abbandono della causa che portò alla riassunzione d'istanza nel modo indicato nel summentovato articolo, il Tribunale erroneamente applicò l'art. 332 del codice proc. civ., che riguarda il cambiamento di stato avvenuto quando la causa trovasi regolarmente inscritta a ruolo, o prima della scadenza del termine per comparire, ipotesi che sono ben diverse da quella di riassunzione d'istanza per abbandono della causa.

Osserva che, giusta quanto i giudici del merito ritennero in fatto, i fratelli Monaldi raggiunsero la maggiore età nel 26 maggio 1880, dopo cioè la scadenza del termine per comparire fissato pel 15 marzo 1879 con l'atto introduttivo del giudizio notificato nel giorno 6 di quel mese stesso, e quando la causa era già stata inscritta al ruolo di spedizione;

Che, per il concetto giuridico che vige per le leggi di procedura attualmente imperanti, la riassunzione della istanza non costituisce l'introduzione di un nuovo giudizio, ma invece la prosecuzione di quello già incominciato; onde è chiaro che con l'atto riassuntivo debbonsi riconvenire in causa quelle stesse persone che già vi erano state chiamate;

Che verificandosi l'ipotesi, che, nel frattempo, tra l'interruzione del giudizio e la riassunzione di esso, qualcuna delle parti venga a mancare od a mutare stato, la legge vi provvede con le disposizioni racchiuse negli articoli 332 e 333 del cod. di proc. civ., le quali si applicano così ai giudizi in corso come a quelli interrotti per l'inerzia dei litiganti, prescrivendo che la citazione debba essere rinnovata quando prima della scadenza del termine per comparire avvenga la morte o il cangiamento di stato della persona citata, o la cessazione di quella già citata dall'uffizio per cui doveva comparire in giudizio, e quando il citato non abbia costituito procuratore, o il nominato non siasi costituito, o non si costituisca in causa, od infine quando, dopo la costituzione dei procuratori, ma prima che la causa sia nello stato di essere giudicata, sia stato notificato alcuno dei casi dianzi mentovati;

Che, nella specie in esame non essendo avvenuto il dedotto cangiamento di stato dei fratelli Monaldi prima della scadenza del termine per comparire, nè avendo essi curato di darne avviso mediante notificazione, ben fu proseguito il giudizio, notificando l'atto riassuntivo al tutore dei fratelli Monaldi, il quale era già stato convenuto in causa in loro rappresentanza, ed in conseguenza non merita per tal causa censura la sentenza denunziata.

Osserva che parimenti mal si fa appunto all'anzidetta sentenza, per contradizione, e per difetto di motivazione; imperocchè i giudici di merito con motivazione sufficiente dimostrarono la ritenuta tesi di diritto, e non si contraddissero quando affermarono che i fratelli Monaldi non avessero costituito procuratore prima della citazione riassuntiva e nello stesso tempo che validamente erasi fatta la notificazione del summentovato atto riassuntivo per le ragioni che dianzi si sono esposte in proposito.

Che infine non ha fondamento la dedotta violazione dell'art. 336 del Cod. di proc. civile, imperocchè, come già si è esposto, nel caso si trattava di riassumere il giudizio già iniziato, e quindi, quantunque l'atto riassuntivo dovesse esser fatto nel modo prescritto per le citazioni, restavano però sempre fermi i termini della contestazione del giudizio, non mutati dall'avvenuto cangiamento di stato dei fratelli Monaldi, che era ignorato dalle parti avverse per colpa degli stessi Monaldi, per avere essi trascurato di darne legale avviso mediante notificazione.

Che in conseguenza il ricorso va rigettato, ponendosi le spese a carico del ricorrente, che resta soccombente.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 novembre 1907 n. 720

Pagano *Pres.* — Setti *Est.*

Zambra (avv. *V. Scialoia* e *L. Busatti*) contro Zambra (avv. *C. Mapei*).

A senso dell'art. 253 cod. civile i parenti e gli affini ivi contemplati non hanno diritto di essere preferiti in modo assoluto agli amici di famiglia, ma il pretore può ammettere nel Consiglio questi ultimi nonostante che vi siano i suddetti parenti ed affini, dei qua-

li però la nomina non gli sembri possibile e conveniente (1).

La Corte, ecc. — Osserva *in fatto* che le condizioni mentali di Gaetano Zambra indussero Giacomo Zambra ad iniziare procedimento d'interdizione contro di lui ed a questo scopo presentò ricorso al regio tribunale di Chieti nel 14 aprile 1905.

Convocato avanti il regio pretore un primo Consiglio di famiglia, questo si dichiarò favorevole alla interdizione: ma il sig. Gaetano Zambra, quando si presentò al tribunale per l'interrogatorio, impugnò la validità del Consiglio famigliare per essere stato convocato in luogo diverso dalla sua abituale residenza in Manoppello. Fu quindi tenuto quivi un secondo Consiglio che si pronunciò pure per la interdizione.

Con atti 15 ottobre 1905 Giacomo Zambra notificò al fratello tale deliberazione e lo citò avanti il tribunale di Chieti per la continuazione del procedimento.

A sua volta Gaetano Zambra convenne il fratello Giacomo avanti lo stesso tribunale perchè fossero annullati gli atti compiuti e dichiarato inammissibile il chiesto provvedimento.

Il tribunale, con sentenza 30 novembre-1 dicembre 1905, e la Corte di Aquila poi, con sentenza 5-11 dicembre 1906, dichiararono la nullità dei Consigli di famiglia perchè illegale la scelta dei membri che dovevano comporli.

Contro la sentenza della Corte ricorre ora Giacomo Zambra per tre motivi....

Osserva *in diritto* che la questione, ora presentata per la prima volta al giudizio del Supremo Collegio, è quella relativa alla interpretazione da darsi all'art. 253 del codice civile, riguardante i componenti del Consiglio di famiglia, e cioè se i parenti e gli affini debbano essere preferiti in modo assoluto agli amici di famiglia, o se piuttosto sia rilasciato al criterio prudenziale del pretore la facoltà di ammettere nel Consiglio dei semplici amici a preferenza degli stessi parenti, quando egli ritenga ciò più conveniente.

La sentenza denunciata ha accolto la prima opinione, e cioè il principio più rigoroso, e ha dichiarato la nullità dei due Consigli di Chieti e di Manoppello, avendovi partecipato due amici del Zambra, escludendo alcuni loro parenti.

Coordinando fra loro gli art. 252, 253 e 261 cod. civ., se ne deduce che a costituire il Consiglio famigliare sono chiamati: 1. i consulenti di diritto nelle persone di cui nell'articolo 252; 2. gli altri prossimi parenti od affini; 3. le persone che hanno avuto relazioni abituali di amicizia con la famiglia.

Ma la dizione dell'art. 253 è diversa da quel-

(1) Niun dubbio che, con questa decisione, il Supremo Collegio ha meritamente annullato la sentenza 11 dicembre 1906 della Corte di appello di Aquila (*Giur. ital.* 1907, 1, 2, 34).

E', invero, del tutto erronea la massima che, secondo la nostra legge, quando occorre completare il Consiglio di famiglia e vi siano parenti od affini in numero bastevole, il pretore non possa *assolutamente* scegliere alcun consulente estraneo.

La lettura, attenta e coordinata, degli articoli 252 e 253 cod. civile dimostra l'errore.

Nell'art. 252 sono indicati i cosiddetti consulenti di diritto.

Ma poichè questi possono mancare o non essere in numero, il legislatore, nell'art. 253, prima parte, dà facoltà al pretore di scegliere *altre persone*, inculcandogli però di preferire, *per quanto sia possibile e conveniente*, i prossimi parenti od affini.

Ecco, dunque, come gli estranei possono entrare nel Consiglio di famiglia.

Senonchè non piaceva al legislatore che ogni estraneo *indistintamente* potesse venire eletto al delicato ufficio di consulente: una limitazione parve provvidenziale, non foss'altro sotto la veste di suggerimento, e così nella seconda parte dell'art. 253 fu stabilito che, *in mancanza di parenti od affini*, il pretore potesse scegliere gli amici di famiglia del genitore, o due consiglieri comunali, o due altre persone a discrezione sua.

La cosa è ben chiara, a mio avviso.

Eppure tale non fu per la Corte di appello di Aquila che si lasciò traviare dalla frase « *in mancanza di parenti od affini* ».

Questa *mancanza*, essa disse, deve essere *assoluta*; e, preso siffatto dirizzone, è naturale che la Corte Aquilana riuscisse a negare senz'altro la facoltà di nominare consulenti estranei, quando i parenti o gli affini non mancano nel numero richiesto.

E' lecito, però, distinguere dove la legge non distingue?

La legge parla di *mancanza*, e la mancanza può essere tanto *assoluta*, quanto *relativa*.

Non solo, ma che nella specie si sia, con l'articolo 253, inteso alludere e all'una e all'altra mancanza è fatto palese dalla prima parte di

la dell'art. 252. In questa vi è una presunzione assoluta di idoneità stabilita dal legislatore; nell'altra una presunzione relativa. Infatti qui si legge che in mancanza dei consulenti designati nell'articolo precedente o nella deficienza di essi il pretore dovrà nominare altre persone, scegliendole, per quanto sia possibile e conveniente, tra i prossimi parenti ed affini.

Ora ciò significa letteralmente che il pretore, in mancanza o in deficienza numerica delle persone designate dalla legge, deve scegliere altri parenti od affini prossimi. Ma in mancanza di questi potrà scegliere anche i lontani, ove creda impossibile fare altrimenti ovvero conveniente l'uscire dall'orbita della « prossimità ».

Ciò però non basta. Può avvenire che nè tra i parenti o gli affini prossimi nè tra i lontani il pretore creda possibile o conveniente scegliere i consulenti. E allora la legge coll'inciso « per quanto sia possibile e conveniente » lo soccorre e gli lascia la facoltà di scelta anche fuori della sfera della parentela o dell'affinità.

Onde è che, coordinando la prima parte dell'art. 253 e il suo capoverso, si deve dedurre che se in questo, cioè nel capoverso, ha prescritto che « in mancanza (mancanza assoluta) di parenti ed affini » il pretore possa ricorrere agli amici del minore o dell'interdicendo, nella prima parte dell'articolo stesso ha invece voluto considerare una mancanza relativa, se si vuol dir così, cioè o una deficienza numerica o una deficienza individuale, tale da non render conveniente che segga tra i consulenti persona che, pur essendo parente od affine dell'incapace, sia tuttavia meno acconcia di un amico vecchio e fidato al provvido ufficio di consulente.

Se la legge avesse voluto solamente lasciar libera la scelta in riguardo alla prossimità maggiore o minore del grado di parentela o di affinità, essa avrebbe usato una locuzione più esatta e specifica, anzichè l'ampio inciso di cui si è tenuto sopra parola.

Una diversa interpretazione menerebbe poi all'assurdo di ritenere che, quando un parente od affine, per infermità di lunga durata o per incapacità intellettuale, o per indegnità di condotta, o per residenza lontana o disagiata, o per altro motivo qualsiasi, non potesse far parte del Consiglio, non si potrebbe provvedere alla costituzione di questo. Il che certamente il legislatore non ha voluto, se è vero che egli ha mirato a favorire e non a danneggiare l'interesse dell'incapace.

Al senso letterale quindi sovrasta una piena ragione logica e giuridica: quella di evitare gli inconvenienti che si avrebbero ove il potere discrezionale del giudice singolo dovesse essere circoscritto al senso ristretto voluto dalla denunciata sentenza.

La legge non ha tenuto presente tutta la

---

cotesto articolo, dove alla scelta di consulenti estranei il pretore può addivenire, sempre quando non creda *possibile e conveniente* la preferenza dei prossimi parenti od affini.

Il fatto che il pretore non creda possibile e conveniente tal preferenza produce lo stesso effetto che la mancanza *assoluta* dei parenti e degli affini: onde potrebbe arrivarsi a concludere che il capoverso dell'art. 253, pur accomunando la mancanza *assoluta* con la mancanza *relativa*, è in sostanza destinato a spiegare quali siano le *altre persone*, delle quali parla la prima parte dell'articolo medesimo.

In questo modo a me sembra che esuli senz'altro dall'art. 253 quella oscurità che i commentatori vi lamentano.

Che poi il pretore debba esporre quali siano le ragioni che non rendono possibile e conveniente la scelta dei parenti od affini è per me cosa indubitabile, sia per non restaurare l'impero del farisaico principio inquisitoriale « *causa nobis nota* », sia perchè versiamo in materia altamente delicata, dove insieme col dovere è impegnato anche l'onore di quelli che la legge chiama direttamente alla tutela degli incapaci (cfr. RICCI, *Corso di dir. civ.*, vol. I, parte II, n. 229).

Conformi alla sentenza annotata: BORSARI, *Comm. al cod. civ.*, vol. I, pag. 180; GALDI, *Dir. civ.*, vol. IV, art. 253; MATTEI, *Comm. al cod. civ.*, art. 253; BIANCHI, *Corso di dir civ.*, V, n. 3; PAOLI, *La tutela*, n. 232; Cass. Torino 25 marzo 1892, *Foro ital.* 1892, 1, 1040; id. 24 novembre 1904, *Giur. ital.* 1905, 1, 1, 505; Cass. Firenze 15 novembre 1897, *Legge* 1898, 1, 76; A. Genova 13 maggio 1902, *Temi gen.* 1902, 363; A. Perugia 3 maggio 1906, *Giur. ital.* 1906, 1, 2, 596.

Contra: RICCI, *op. cit.*, vol. I, parte II, n. 229-230; GATTI, *Le disposizioni sui Consigli di famiglia*, pag. 53; Cass. Torino 22 giugno 1894, *Mon. trib.* 1894, 794; Trib. civ. Roma 14 ottobre 1904, in questo *Pal. Giust.*, 1904, 523.

Cfr. anche E. CABERLOTTO, in *Digesto italiano*, voce *Consiglio di famiglia e tutela*, n. 52 e segg., nonchè E U. PASINI, nota in *Corte Anc.*, anno 1906, 1, 173-176. *a. s. m.*

lunga schiera dei parenti ed affini che un individuo può avere, evitando una sconfinata possibilità di annullamenti, non essendo sempre determinabile il fatto della « prossimità ». Essa ha contemplato solo quei prossimi parenti ed affini normalmente più noti e che si possono presumere più provvidi tutori degli interessi dell'incapace; e perciò ha dettato lo art. 252. Ma poi, considerando che quella presunzione di idoneità, se esiste per legge di natura nei parenti più prossimi, può andarsi man mano dileguando nei più lontani, ha soggiunto che, ove il magistrato creda conveniente prescindere dalla parentela o dall'affinità, lo possa fare liberamente, togliendo persino con l'art. 256 ogni dannosa incertezza sulla validità della nomina quando dopo un dato tempo non se ne sia fatta questione.

Vero è, come osserva la sentenza, che una presunzione di maggiore interesse personale (speranza di successione, obbligo o diritto eventuale agli alimenti) deve aver consigliato il legislatore a preferire i parenti agli estranei.

Ma poichè si ammette che si possa far cadere la scelta di consulente anche fra parenti od affini i più distanti e più indifferenti, non vi è ragione di escludere gli amici che abbiano avuto consuetudine di vita con l'incapace. Costoro sono più di frequente amorosi e provvidi, e possono aver dato molteplici prove di attaccamento disinteressato e di assistenza costante e sicura.

Dopo tutto, nel sistema del nostro codice relativo alla curatela ed alla tutela, vi è manifesto il proposito di circondare i minori, gli interdicendi e gli inabilitandi di persone capaci di comprendere, per virtù di affezione, le condizioni e i bisogni, gli interessi e le esigenze di essi. E allora un amico provato vale spesso più di un parente.

Per ultimo non sarà inutile osservare che il codice italiano ha voluto innovare sulle precedenti legislazioni, scostandosi dai sistemi seguiti o dal codice francese (art. 409) o dal codice Albertino (264) o dalle leggi civili napoletane (330).

Secondo quelle legislazioni era sempre obbligatorio scegliere fra i parenti ed affini esistenti nel luogo o nelle sue vicinanze, e si potevano scegliere i lontani o gli estranei solo se non vi fossero stati parenti ed affini.

Il nostro codice invece ha ammesso la distinzione di consulenti di diritto e consulenti elettivi, e ha nell'art. 253 voluto lasciare con giusto senso pratico della realtà della vita al magistrato la facoltà prudente di poter scegliere fra parenti ed affini prossimi o remoti, oppure persino fra estranei, le persone che creda più adatte allo ufficio di consulenti, e ciò nei casi in cui possa apparire conveniente il prescindere dai vincoli di parentela o di affinità o dall'ordine di grado.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

4 novembre 1907 n. 721

Pagano *Pres.* — Coletti *Est.*

Sconciafurno (avv. *G. Donati*) contro Frate ed altri (avv. *W. Storoni*, *A. Doria* e *T. Ambrosetti*).

Trattandosi di comunione, se la minoranza dei partecipanti insorge contro una convenzione posta in essere dalla maggioranza, deducendo che la stessa esorbita dai confini di un puro atto amministrativo, avente per iscopo il migliore godimento dei beni comuni, difetta di motivazione la sentenza che non esamina in modo esplicito le modalità contrattuali sotto il proposto punto di vista (1).

La maggioranza dei partecipanti ad una comunione non può prendere deliberazioni a termini dell'art. 678 cod. civile, senza avvertire anche coloro che appartengono alla minoranza, i quali hanno diritto di discutere e di esporre l'avviso proprio (2).

La Corte, ecc. — Coi mezzi quarto, quinto e sesto i ricorrenti investono la denunziata sentenza per non aver data in modo esauriente la ragione del decidere, quando ritiene e-

---

(1) Non v'ha dubbio su ciò dal momento che l'art. 678 cod. civile contempla solo le deliberazioni relative all'amministrazione e migliore godimento della cosa comune; onde è vietato alla maggioranza di arrogarsi maggiori diritti.

(2) Conformi: VITALEVI, *Comunione dei beni*, parte II, n. 393; PATERNO' CASTELLO DI BICOCCA, *Comunione dei beni*, n. 157; Cass. Palermo 20 marzo 1897, *Legge* 1897, 1, 657, con nota.

Contra: G. CATINELLA SCHIFANI, in *Digesto italiano*, voce *Comunione*, n. 21, il quale, però, se n'esce con un'affermazione nuda e semplice.

sclusi nell'istrumento Dominici 25 aprile 1902 patti che implicano innovazione alla cosa comune in riferimento al disposto dell'art. 677 cod. civ., nel quale è prescritto che, se gli altri non vi acconsentano, uno dei partecipanti non può fare innovazioni sulla cosa comune, ancorchè le pretenda vantaggiose a tutti, e per avere inoltre violato l'art. 678 dello stesso codice con l'affermare che le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti, per l'amministrazione e migliore godimento della cosa comune, sono valide ed obbligatorie per la minoranza, anche quando siano state prese senza che i componenti la minoranza ne abbiano avuto preavviso e siano stati posto in grado di esporre il loro parere. Evidentemente tutti cotesti mezzi attaccano nella radice la sentenza, e però ragion vuole che siano preferibilmente esaminati, perchè, se per essi soltanto dovesse la sentenza esser posta nel nulla, riuscirebbe superfluo procedere alla disamina degli altri motivi di annullamento, che rimarrebbero assorbiti.

Attesochè si era dai contendenti avanti i giudici di merito ampiamente disputato sul punto di sapere, se la convenzione del rogito Dominici contenesse patti tali da costituire innovazioni nella cosa comune, colpite da giuridica inefficacia, non essendo quelle consentite da tutti i partecipanti. La Corte di appello diceva che non trattavasi di innovazioni, perchè il contratto non denaturava la cosa comune, nè le dava destinazione diversa, ed era diretto unicamente allo scopo di migliorare il godimento della comunione, e quindi non costituiva che puro e semplice atto di amministrazione.

Ma la Corte in maniera troppo sintetica veniva in cotesta decisione, e non può non convenirsi coi ricorrenti che i giudici del merito in questa parte non adempirono esaurientemente all'obbligo della motivazione, contravvenendo al disposto dell'art. 517, n. 6, invocato coi mezzi quinto e sesto.

Infatti essi non tennero conto di tutte le modalità del rogito Dominici, e sulle quali specialmente insistevano gli appellanti a dimostrare che non erano semplici e puri atti amministrativi preordinati soltanto a migliorare il godimento della cosa comune. Se ne avesse tenuto conto, forse la sentenza sarebbe venuta in altra decisione.

Perchè la maggioranza dei partecipanti intervenuti nella convenzione dell'istrumento Dominici non si limitò ad affittare al Chiodini la sorgente ed i terreni, ma assunse altre e ben più gravi obbligazioni. Si obbligò, come in fatto riconosce la sentenza, di vendergli, solo che lo avesse voluto, insieme ai terreni la sorgente e non soltanto quella attuale, ma benanche le altre future che fossero scaturite nei beni della comunità, al termine dell'affitto, per un prezzo che non doveva superare le lire 10,000; accordò al Chiodini il diritto di fare sulla sorgente e sui terreni tutti i lavori da esso creduti necessari, nonchè escavare dalla montagna limitrofa alla sorgente la pietra necessaria per la costruzione delle opere; assunse l'obbligo di rifondere al Chiodini i bonifici, miglioramenti e accreditamenti, per tacere degli altri patti speciali che si leggono nel rogito Dominici.

Ora è facile vedere la necessità di esaminare in modo esplicito, se tutte coteste modalità contrattuali, gravissime per i comunisti, facevano rimanere la convenzione nei modesti confini di un puro atto di amministrazione, avente per iscopo il migliore godimento dei beni comuni, o se, per contro, li oltrepassavano e non erano i soliti patti adietti o semplici accessori del contratto di locazione. Per questo difetto di motivazione l'annullamento della sentenza s'impone, e vedrà la Corte di rinvio se, tutto considerato in modo più completo, con l'istrumento Dominici quei partecipanti apportarono innovazioni o meno alla cosa comune.

Attesochè, nel dissenso della dottrina e della giurisprudenza sulla interpretazione dell'art. 678 cod. civ., per risolvere il quesito se, ai termini di legge, la minoranza dei partecipanti (meno il ricorso all'autorità giudiziaria, se la deliberazione è grandemente pregiudizievole) debba piegare il capo e rassegnarsi ai voleri della maggioranza che delibera intorno all'amministrazione e miglior godimento della cosa comune, sebbene la deliberazione relativa sia presa senza che la minoranza ne fosse avvertita ed avesse potuto esporre il suo parere, giova tener presente il principio che il diritto di disporre, anche semplicemente in linea amministrativa, della cosa spetta alla persona, fisica o morale, alla quale la cosa stessa appartiene, e che, a rigore di cotesto principio, se la cosa appartiene a più persone, unanime dovrebbe essere il consenso sulla occorrente deliberazione.

Senonchè, potendo sorgere il dissenso e non potendosi ammettere che l'amministrazione resti paralizzata con pregiudizio della cosa comune e con danno di tutti, la legge ha derogato al principio, e ha stabilito con l'articolo 678 che il parere della maggioranza, rappresentante la maggiore entità degli interessi, debba prevalere, e che le sue deliberazioni siano obbligatorie anche per la minoranza dissenziente. Ma, costituendo una deroga al principio, la disposizione non può essere intesa, come la intendono i resistenti e, con essi, la sentenza della Corte perugina, nel senso cioè (come è scritto nella sentenza) che « nel concetto della legge sono valide e obbligatorie per la minoranza le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti circa l'amministrazione e il godimento della cosa comune, quand'anche siano state prese senza che i membri della minoranza siano stati avvertiti ed abbiano espresso il loro parere ». Il diritto della maggioranza non è così sconfinato. Non può questa a suo libito disporre della cosa comune e privare la minoranza della possibilità di esporre il proprio parere, non dandole preventivo avviso delle deliberazioni che voglionsi prendere. L'art. 678 sanziona un privilegio a favore della maggioranza, e introduce, unicamente *propter utilitatem*, una deroga al principio che della cosa comune debbono disporre tutti i comunisti, deroga escogitata dal legislatore allo scopo di conciliare il diritto di ciascun condomino col bene di tutti. E che sia così si trae ad evidenza dalla lettera dello stesso art. 678. Vi si parla di *deliberazioni e di voti*.

Queste frasi denotano necessariamente il concetto di un'assemblea riunita, di una proposta, di una discussione e deliberazione, ed escludono che la maggioranza, solo perchè tale, possa da per sè far tutto, trascurare i dissenzienti, e togliere alla minoranza la possibilità di far sentire le sue ragioni, ascoltare le ragioni della maggioranza, e, se quelle sono rigettate, di conoscere i motivi della deliberazione prevalsa, onde *cognita causa* impugnarla avanti l'autorità giudiziaria, se per avventura la ravvisa gravemente pregiudizievole alla cosa comune. Di conseguenza è palese la violazione e falsa interpretazione dell'art. 678, e deve anche in base a questo mezzo il ricorso accogliersi e porsi nel nulla la sentenza della quale si tratta.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 novembre 1907 n. 725

Basile *Pres.* — Corbo *Est.*

Monzali (avv. *C. Boiardi*) contro Andreoli (avvocato *A. Taffuri*).

Per potersi sperimentare efficacemente l'azione de in rem verso *contro gli incapaci è necessario accertare che le somme date furono davvero rivolte a loro vantaggio, ma non è necessario che ne sia conseguito l'aumento del loro patrimonio* (1).

Così, quegli che ha somministrato danaro ad una madre, affinchè costei provvedesse alla alimentazione dei propri figli, può sperimentare l'azione de in rem verso *contro questi ultimi* (2).

La Corte, ecc. — L'azione *de in rem verso* è stata introdotta in ossequio al principio naturale che non consente locupletazione di alcuno *cum aliena jactura*. Ma, per farsi luogo a cotesta azione e per opporla agli incapaci, si richiede soltanto che sia accertato il fatto che le somme date furono effettivamente rivolte a loro vantaggio.

Ora, se i giudici del merito ritennero in fatto che la somma, di cui il ricorrente chiedeva il pagamento, fu somministrata alla defunta madre dei minorenni Fogacci all'oggetto di

---

(1) La teoria che non occorre un aumento di patrimonio per rendere ammissibile l'*actio de in rem verso*, ma basta un semplice profitto, un vantaggio, una qualunque utilità materiale o morale, fu sostenuta anche dall'A. Bologna nella decisione 28 maggio 1901, est. MELLI (*Foro ital*. 1901, 1, 1481, con nota di G. VENEZIAN).

Del resto è questa la teoria dominante (cfr. E. CABERLOTTO, in *Digesto italiano*, voce *Azione de in rem verso*, n. 23, e il BURZIO, *Il campo di applicazione dell'azione de in rem verso nel diritto civile italiano*, in *Giurisprudenza italiana*, annata del 1897, parte IV, 110 e segg.).

(2) Sull'ammissibilità dell'*actio de in rem verso* in tema di alimenti, veggasi CABERLOTTO in *Digesto italiano*, voce *Alimenti*, n. 194 *bis* e seguenti, con richiami di giurisprudenza italiana e straniera.

provvedere alla loro alimentazione, non potevano negare al ricorrente stesso l'esperimento dell'azione *de in rem verso*, poichè è principio generale consacrato anche nel nostro diritto positivo (art. 1307 cod. civile) che gli incapaci debbono rimborsare ciò che loro è stato pagato, e che è andato a loro profitto.

E', dunque, un errore manifesto l'affermazione contenuta nell'impugnata sentenza, che la semplice alimentazione dei figli non può dirsi che costituisca un accrescimento di beni da giustificare l'azione *de in rem verso*, poichè, a prescindere che l'alimentazione è il presupposto necessario di ogni futuro arricchimento, non è poi necessario che l'utilità risentita dagli incapaci importi un aumento del loro patrimonio, ma basta che sia stata effettiva ed abbia loro arrecato un profitto.

Del resto, in tema alimentario si dava luogo all'azione *de in rem verso* anche nel diritto romano: *In rem autem versum videtur, sive id ipsum quod servus accepit, in rem domini convertit, veluti si triticum acceperit, et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumserit*... (L. 3, 1, Dig. XV, 3).

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

12 novembre 1907 n. 726

Basile *Pres.* — Corbo *Est.*

Marotta (avv. *G. Vitale*) contro Annibaldi (avv. *S. Lupacchioli* e *C. Santucci*).

Se dal contesto del ricorso per cassazione risulta quale è l'articolo di legge che si pretende violato, non può dirsi inammissibile il ricorso perchè l'indicazione esplicita dell'articolo vi manchi o sia errata (1).

Anche nella compra-vendita d'immobili fatta a scopo di speculazione commerciale è ammissibile l'azione di rescissione per lesione oltre la metà del giusto prezzo, a stregua dell'art. 1529 *cod. civile* (2).

Per ammettersi la prova della lesione lamentata non occorre motivare previamente sulla violenza del consenso, giacchè per l'art. 1529 *suddetto il vizio del consenso sta in re ipsa: solo basta accertare se i fatti denunciati sono verosimili e gravi, come vuole il successivo art.* 1532 (3).

Le leggi speciali relative al piano regolatore e di ampliamento della città di Roma non hanno nemmeno implicitamente inteso di abrogare l'art. 1529 *cod. civ. nelle comprevendite commerciali* (4).

La Corte ecc. — Osserva come non si regga la eccepita inammissibilità del ricorso, poichè

---

(1) Vedi sempre in tal senso la stessa Cass. Roma 6 agosto 1906, est. CANNAS, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 530, con nota contenente altri richiami.

(2) E' questa l'opinione prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza. Cfr. G. B. TENDI, *Trattato teorico-pratico della compravendita*, Firenze, Lumachi, 1906, vol. II, n. 663; BOLAFFIO, in *Giur. ital.* 1888, IV, 330, e in *Riv. ital. scienze giur.*, X, 74; CUTURI, *Vendita*, n. 162; BALLERINI, in *Diritto e Giur.*, IV, 241; G. PIOLA, in *Digesto italiano*, voce *Lesione*, n. 32; OTTOLENGHI, in *Dir. comm.*, II, 51; TARTUFARI, *Della vendita*, n. 53; PIPIA, *Compra-vendita commerciale*, n. 802; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. VI, n. 141-*bis*, VI ediz.; A. Torino 26 febbraio 1889, *Legge* 1889, 1, 771; A. Roma 4 giugno 1889, *Giur. ital.* 1889, 2, 608; Cass. Palermo 1 luglio 1902, *id.* 1902, 1, 1, 845.

Contra: RICCI, in *Giur. ital.* 1889, 2, 607; GREGO, in *Archivio giur.*, XXXVI, 361; MARGHIERI, *Dir. comm.*, II, n. 1165; A. Trani 19 settembre 1887, *Foro ital.* 1888, 1, 900; Trib. civ. Roma 22 maggio 1888, *Temi romana*, annata dell'anno 1888, 282.

(3) Cfr. G. B. TENDI, citato nell'anteriore nota, vol. II, n. 654 e 676. Sulla determinazione del giusto prezzo nella lesione *ultra dimidium* veggasi lo studio di A. LUCCI, in *Riv. critica*, anno 1906, 19. Se poi sia impugnabile per lesione enorme il prezzo di vendita di immobile, prezzo determinato da perito eletto dalle parti, trovasi studiato da L. DI BICOCCA, in *Legge* 1906, 978.

(4) Via, via, l'egregio patrocinatore del Marotta si lasciò troppo fuorviare dal suo brillante ingegno, sottoponendo al Supremo Collegio la tesi dell'abrogazione dell'art. 1529 cod. civile. Se le leggi emanate per promuovere la fabbricazione nella città di Roma potevano avvalorare il principio della inapplicabilità dell'azione di rescissione per lesione nelle vendite commerciali d'immobili (e già la trovata era ardita), non autorizzavano e non autorizzano davvero la conclusione strana, sviluppata di un motivo a parte, cioè nel terzo motivo del ricorso Marotta, conclusione che il Supremo Collegio ben disse non avere il pregio della serietà.

è ormai giurisprudenza costante di questa Suprema Corte che tanto l'errore materiale, quanto la dimenticanza occorsa nel citare un articolo di legge che si pretende violato o falsamente applicato non mena alla conseguenza della inammissibilità del ricorso, qualora però risulti dal suo svolgimento, quale sia effettivamente l'articolo, cui ha inteso riferirsi il ricorrente.

Attesochè, in ordine al merito del ricorso, sia insussistente la contraddizione denunziata col primo mezzo, poichè la Corte di merito nel ribattere la tesi sostenuta dalla resistente Annibaldi, che il contratto di compra-vendita concluso tra lei e il ricorrente Marotta era di natura civile e non commerciale, venne in definitivo ad esprimere questo concetto: che, ammesso pure non avere essa Annibaldi compiuto un atto di commercio con lo avere acquistato le aree per rivenderle, come di fatto le avea rivendute, era non pertanto cosa certa che, dovendosi considerare commerciale la vendita nei riguardi del Marotta, ne conseguiva, in ossequio all'art. 54 del Codice di commercio, che anche l'altra parte fosse soggetta alla legge commerciale.

Questo ragionamento è semplice, chiaro ed esatto, e se per avventura la Corte di merito nel dargli svolgimento ebbe a cadere in qualche imprecisione, il ricorrente non avrebbe alcun interesse a lamentarsene, poichè la sua tesi sulla natura commerciale del contratto, di cui trattasi, fu integralmente accolta coll'impugnata sentenza.

Attesochè col secondo mezzo si riproponga all'esame della Corte Suprema la questione se nella compra-vendita d'immobili fatta a scopo di speculazione commerciale si ammetta azione di rescissione per lesione oltre la metà del giusto prezzo.

Il ricorrente combatte la sentenza che ha risoluta affermativamente la detta questione, e sostiene che lo speciale istituto della risoluzione per causa di lesione enorme, consacrato nell'art. 1529 del Codice civile, non è applicabile ai contratti di compra-vendita di natura commerciale, perchè, se gl'immobili, per l'art. 3 n. 3 del Codice di commercio, sono oggetto di commercio, ne dee conseguire come legittimo corollario che la loro speculazione non può patire limiti, altrimenti si verrebbe a disconoscere quella massima libertà che è insita nel fenomeno commerciale.

Ma siffatta argomentazione, che costituisce la base fondamentale di questo secondo mezzo del ricorso, oltre ad avere il principale difetto di innovare la legge, anzichè d'interpretarla, si trova in manifesta contraddizione colla regola generale scritta nell'art. 1 dello stesso Codice di commercio, che, ogni qualvolta la legge commerciale non dispone ed il caso non è regolato dagli usi mercantili, si applica il diritto civile. Laonde, se la legge commerciale ha incluso tra gli atti di commercio la compra e rivendita d'immobili ed ha taciuto circa l'istituto della rescissione per lesione oltre la metà del giusto prezzo e tacciono al riguardo anche gli usi mercantili, è conseguenza imprescindibile che si debba applicare l'art. 1529 del Codice civile, ove il detto istituto è sanzionato.

Del resto, quando il legislatore ha voluto disapplicare alla vendita commerciale in genere alcune norme del Codice civile, ha avuto cura di dettare speciali disposizioni, come sono quelle contenute negli art. 59, 60 e 43, con le quali si permette la vendita della cosa altrui, si dichiara valida la vendita fatta per un prezzo non determinato nel contratto, ovvero fatta semplicemente a giusto prezzo o a prezzo corrente, e si proclama la validità della vendita o cessione dei diritti litigiosi tanto mobiliari, che immobiliari.

Il silenzio del Codice di commercio sul rimedio della rescissione per lesione enorme, riguardante gli immobili comprati a scopo di speculazione commerciale, s'interpreta nel senso che tale rimedio rientri sotto l'impero del Codice civile, giusta la regola generale consacrata nel citato art. 1 dello stesso Colice di commercio. Che, se così non fosse, si dovrebbe giungere anche all'assurda conseguenza che tutte le altre disposizioni del Codice civile, le quali nel pubblico interesse tutelano la proprietà immobiliare, come la trascrizione, il sistema ipotecario, le azioni possessorie, ecc., siano rimaste senza applicazione alle compre e rivendite commerciali di beni immobili, solo perchè non se ne fece menzione nel Codice di commercio.

Nè a sostegno della tesi contraria vale l'obbiettare che il legislatore commerciale, avendo espressamente richiamato l'osservanza dell'art. 1314 del Codice civile per la prova della compra-vendita dei beni immobili, abbia con ciò manifestata l'intenzione che tutte le altre disposizioni dello stesso Codice relative alla vendita dei beni immobili non dovessero poi trovare la loro applicazione, poichè è facile di comprendere che, essendosi di-

sposto nella prima parte del detto art. 44 potersi conseguire la prova delle obbligazioni commerciali anche con testimoni, era una necessità il richiamare l'art. 1314 del Cod. civile, se volevasi mantenere ferma la disposizione ivi contenuta circa la prova della compra-vendita degli immobili.

Senonchè dal ricorrente s'insiste che con tutto ciò non si risolve il quesito fondamentale del giusto prezzo, e non lo si risolve perchè l'art. 1529 del codice civile non può coesistere coll'art. 3 del codice di commercio, che ammette giusto qualunque prezzo le parti abbiano convenuto di stabilire al momento del contratto. Ma cotesta affermazione è del tutto gratuita, perchè la legge commerciale non ha neppure supposto che potesse mai reputarsi prezzo sufficiente di un immobile quello che fosse al di sotto della metà del suo valore. E se d'altronde *humanum est*, trovasi scritto nel Codice Giustiniano, leg. 2, *de rescindenda venditione*, che si debba far luogo all'azione in rescissione *ultra dimidium*, non vi è alcuna ragione sufficiente per escluderla dalla vendita commerciale degli immobili.

Nè si opponga ancora che, se il compratore deve avere la certezza del prezzo su cui speculare e non possa stare nell'incertezza per due anni, per quanto dura l'azione in rescissione, ciò dimostri essere incompatibile tale azione con l'indole dell'atto commerciale. Imperocchè da cotesta incertezza (come già disse questo Supremo Collegio nel suo arresto 12 giugno-2 luglio 1890, causa Marotti c. Barthelemy) può sempre liberarsi l'onesto ed accorto speculatore, quando mantenga l'offerta entro quel limite di prezzo che ragguagli almeno la metà del valore dell'immobile che acquista, potendo sempre avere nell'altra metà un margine sufficiente per una proficua speculazione, e non temere così una possibile azione di rescissione.

Avendo, dunque, la denunziata sentenza ammessa l'azione in rescissione per lesione *ultra dimidium* nella compra-vendita d'immobili, fatta a scopo di speculazione commerciale, ha correttamente interpretata e applicata la legge.

Attesochè sia altresì ingiustificata l'altra lamentanza, che la sentenza abbia ordinata la perizia come prova della lesione senza alcuna motivazione sulla violenza del consenso, cui si riferisce essenzialmente l'art. 1529 del Codice civile, poichè basta semplicemente osservare che il vizio di consenso sta *in re ipsa* e si desume dal fatto obbiettivo che il prezzo convenuto sia inferiore alla metà del giusto valore. Soltanto la perizia non potrebbe essere ammessa, giusta il dispoto dell'articolo 1532 dello stesso Codice, se non quando i fatti denunciati fossero bastantemente verosimili e gravi. Ma ciò è questione di apprezzamento; e la Corte di merito si convinse che nel caso concreto la perizia fiscale, eseguita al fine dell'applicazione della tassa di registro e la esibita perizia stragiudiziale rendevano bastantemente verosimili e gravi i fatti denunziati da potersi ammetere la prova della lesione.

Attesochè non abbia il pregio della serietà il terzo ed ultimo mezzo, col quale si denunzia la violazione delle leggi speciali, ivi indicate, riferibili al piano regolatore e di ampliamento della città di Roma, poichè si pretenderebbe dal ricorrente che queste leggi, essendo venute tutte a proclamare, eccitare e favorire il commercio delle aree, per renderne più facile e più rapida la fabbricazione nell'interesse pubblico, avessero inteso di abrogare l'art. 1529 del Codice civile nelle relative vendite commerciali. Ma si è già veduto che l'atto commerciale concernente le compre e rivendite di beni immobili fatte a scopo di speculazione non è incompatibile con l'azione in rescissione per lesione, e conseguentemente nulla autorizza a ritenere ed a supporre che lo scopo propostosi dalle leggi emanate per favorire e promuovere la fabbricazione nella città di Roma contenga implicitamente la disapplicazione dell'istituto della rescissione per lesione oltre la metà del giusto prezzo, che fu suggerito da una ragione di umanità e che fu accolto in tutte le legislazioni che al diritto romano si sostituirono.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

23 novembre 1907, n. 742

Pagano *Pres.* — Cerza *Est.*

Cassa Nazionale Infortuni (avv. *R. D'Andrea* contro Spiganti.

Dopo una transazione omologata dal Tribunale, intorno all'indennità dovuta per infortunio sul lavoro, non può promuoversi il giudizio di revisione (art. 13 e 14 t. u. 31 gennaio 1904, n. 51, per gli infortuni degli operai sul lavoro) (1).

La Corte ecc. — Per bene esaminare gli effetti della transazione in tema di infortuni sul lavoro, ed in dipendenza dell'analoga legge, occorre innanzi tutto vedere, colle norme generali di diritto, quando una transazione possa rescindersi o annullarsi.

Il vigente Codice Civile, dopo di avere nel-

---

(1) Secondo la legge del 1898 la determinazione della indennità dovuta agli infortunati poteva avvenire in due modi: *a*) per mezzo di liquidazione amichevole, nella quale però dovevasi attribuire al sinistrato tutta la indennità a lui spettante, poichè « *qualunque patto inteso ad eludere il pagamento delle indennità o scemarne la misura* » era dichiarato nullo (art. 12), e dottrina e giurisprudenza concordi, applicando questa norma anche alle convenzioni posteriori all'infortunio, facevano si che il sinistrato potesse chiedere il supplemento; *b*) per mezzo di sentenza, la quale però entro un biennio dal sinistro poteva venire sottoposta a « *revisione del giudizio sulla natura della inabilità, qualora lo stato di fatto manifesti erroneo il primo giudizio o nelle condizioni fisiche dell'operaio siano intervenute modificazioni derivanti dallo infortunio* » (art. 11). Per promuovere la revisione, l'operaio doveva produrre un certificato medico, comprovante che il primo giudizio era stato erroneo, o che nelle conseguenze dell'infortunio si era verificato un aggravamento (art. 82 del regolamento 25 settembre 1898, n. 411). Quindi, dopo una liquidazione amichevole, non poteva parlarsi di revisione, poichè se era stata attribuita tutta l'indennità dovuta e il pagamento era stato fatto nelle forme legali (art. 13), l'operaio non vantava più nessun diritto; se invece era stata attribuita solo una parte della indennità dovuta, il patto era nullo, e l'operaio poteva, fino al termine della prescrizione, agire in giudizio, salvo a detrarre ciò che gli era già stato pagato nelle debite forme. Se poi la liquidazione era avvenuta per sentenza, il legislatore voleva rispettata, in massima, l'autorità della cosa giudicata (art. 1351 cod. civ.), cosicchè non potevano più mettersi in discussione il diritto, in genere, dell'operaio ad essere indennizzato, la validità del contratto di assicurazione, l'ammontare al salario, ecc. Solo per quanto riguardava il giudizio medico il legislatore, prevedendo la possibilità, anzi la probabilità di giudizi e prognostici erronei, e dimostrati tali dalle posteriori condizioni fisiche del sinistrato, istituì un gravame straordinario, analogo alla rivocazione della procedura civile ed alla omonima revisione del rito penale.

Tutto ciò è stato modificato dalla legge del 1903, la quale, in caso di contestazione sul diritto alla indennità e sulla misura di questa, ha permesso di transigere, prescrivendo però che la transazione venga omologata dal tribunale, per una ragionevole presunzione di incapacità dell'infortunato (cfr. cod. civ., art. 134, 224, 301, 319, 329 e 339). Esiste quindi una terza forma di liquidazione, a cui occorre indagare se sia applicabile l'istituto della revisione.

L'istituto della revisione non ha subito modificazioni. E' vero che l'art. 7 della legge del 1903 (art. 13 t. u.) parla semplicemente di « revisione dell'indennità », anzichè di revisione del giudizio sulla natura della inabilità, ma la *ratio legis* dimostra che anche oggi la revisione non può avere per oggetto che il giudizio sullo stato fisico dell'infortunato. Infatti il decorso del tempo può dimostrare l'erroneità delle previsioni dei medici, che del resto molte volte vengono emesse, per necessità di cose, in forma vaga e congetturale; invece tutto ciò che riguarda la natura dei lavori, il contratto di locazione d'opere e quello di assicurazione, le circostanze dell'infortunio, il salario, la tenuta del libro paga e il pagamento dei premi, ecc., può essere accertato meglio nel procedimento amministrativo, o nel primo giudizio, che in quello di revisione.

Del resto lo stesso art. 7 della legge del 1903 prosegue, come l'articolo 11 della vecchia legge, parlando di erroneità del primo giudizio, e di modificazioni nelle condizioni fisiche dell'infortunato, e l'art. 117 del nuovo regolamento (che nessuno, in questa parte, ha accusato di incostituzionalità) ha riprodotto le disposizioni del primo comma dell'art. 82 del regolamento precedente. E poichè la revisione ha un oggetto così limitato e analogo all'arbitrato di cui all'art. 112 del vigente regolamento, ci sembra che essa possa proporsi anche contro una transazione, dappoichè le norme sulla transazione e sulla revisione dei giudizi, contenute nella legge sugli infortuni, hanno carattere speciale di fronte a quelle scritte nel codice civile o nel codice di procedura civile: *in toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est*. Le transazioni hanno fra le parti l'autorità di un giudicato (cod. civ., art. 1772); ma nella materia degli

l'art. 1772 disposto che una transazione non possa impugnarsi per causa di errore di diritto, nè per causa di lesione, e che solamente può essere corretto l'errore di calcolo, negli articoli seguenti indica i casi nei quali è ammessa l'azione per impugnarla.

Ed è evidente che in quei soli casi, tassativamente indicati nel codice, la detta azione sia ammissibile, perchè altrimenti il cennato contratto, il quale ha la speciale caratteristica di fondarsi su una *res dubia*, che le parti eliminano con l'*aliquid datum* e l'*aliquid retentum*, darebbe adito a moltissime contestazioni, pel verificarsi e chiarirsi, dopo la sua conclusione, di nuovi elementi e circostanze di fatto.

Ed applicando poi questi principii generali di diritto contrattuale alle controversie relative ad indennità dovute a causa d infortuni sul lavoro, disciplinate dalla legge 31 gennaio 1904, è facile vedere che i principii stessi

---

infortuni anche i giudicati non costituiscono ostacolo alla revisione del giudizio sulla natura della inabilità. D'altronde difficilmente potrebbe il Tribunale valutare la utilità di una transazione, quando questa precludesse la via a domandare la revisione per gli errori e per gli aggravamenti che in futuro possano rispettivamente scoprirsi o sopravvenire. Nè ci sembra convincente l'argomento dedotto dalla posizione che occupano, nella legge, le norme sulla revisione e quelle sulla transazione. Il legislatore volendo modificare le disposizioni della legge del 1898 trovò comodo di seguirne l'ordine; e parlò della transazione dopo di aver parlato della revisione e del giudizio, solo perchè la legge del 1898 si occupava prima di questi argomenti e poi dei patti, cioè di una materia analoga alla transazione. Del resto in quest'ordine di idee potrebbe rilevarsi che il legislatore ha parlato prima della revisione e poi della procedura contenziosa, ciocchè fa credere che la revisione possa avvenire anche in via amichevole, e che essa possa invocarsi pure dopo una liquidazione pacifica. Nessuno sostiene, esempligrazia, che la revisione non possa chiedersi dall'imprenditore, o contro di lui, nell'ipotesi dell'art. 31 t. u., solo perchè questo articolo segue l'art. 13 t. u. Un tale argomento deducevasi, è vero, insieme con altri, dalla giurisprudenza dei collegi giudiziari di Roma, per dimostrare che la prescrizione annuale (art. 17 t. u.) è inapplicabile all'azione sussidiaria o surrogatoria, come suol chiamarsi, contro l'imprenditore per mancata assicurazione; ma una sentenza recente della Corte d'Appello di Roma ha cambiato giurisprudenza, a tal riguardo.

Tre opinioni esistono in dottrina e in giurisprudenza sui rapporti tra la revisione e la transazione. Una di esse ritiene nulle anche le transazioni omologate dal Tribunale, nelle quali siasi liquidato all'infortunato meno del dovuto; e questo ci pare che dimentichi l'*aliquid datum*, l'*aliquid retentum* delle transazioni, il principio che le leggi speciali e posteriori (come l'art. 8 della legge 1903) derogano alle leggi anteriori e generali (quale l'art. 12 della legge 1898), e, infine, la differenza che pur deve esistere fra le transazioni omologate e i semplici patti, se la omologazione prescritta dal legislatore è destinata a servire a qualche cosa. L'opinione opposta è quella accolta dalla sentenza in commento; infine, l'opinione intermedia ritiene proponibile la revisione contro i giudizi sullo stato fisico dell'infortunato, tanto se essi abbiano costituito la motivazione di una sentenza, quanto se essi abbiano costituito la base di una transazione. Anche quest'ultima teoria presenta i suoi inconvenienti allorchè la transazione abbia posto termine a contestazioni non vertenti sullo stato fisico dell'infortunato, potendosi dubitare se nel giudizio di revisione il convenuto abbia diritto di riporre in discussione pure queste; come se, ad es., all'operaio sia stato attribuito, con transazione, meno della indennità corrispondente al suo salario ed al suo grado di inabilità, sol perchè era dubbio se il sinistro rivestisse i caratteri di infortunio sul lavoro. Però *adducere inconveniens non est solvere argumentum*; e d'altra parte potrebbero dedursi, ad es., i gravissimi inconvenienti cui può dar luogo la teoria accolta dalla Suprema Corte, allorchè dopo una transazione, e nel biennio dal sinistro, l'operaio venga a morire in conseguenza dell'infortunio; la transazione verrebbe in tal caso ad avvantaggiare indebitamente gli eredi dell'infortunato, in danno dei suoi parenti, che la legge ha dichiarato beneficiari diretti dal contratto di assicurazione, anche contro la volontà dell'operaio assicurato.

Per la dottrina e giurisprudenza si veggano le nostre note alle sentenze 25 luglio e 14 settembre 1907 dell'A. Roma, in questa Raccolta, anno corr., pag. 410 e 416; nonchè il COCITO, *Commento alla legge degli infortuni*, art. 14, n. 203. Cfr. anche Trib. civ. Livorno 12 settembre 1906, *Riv. infor.* 1907, 153.

Il principio che le mutate condizioni nello stato dell'infortunato dànno luogo a revisione o nuovo esame della indennità d'infortunio è pressochè accolto in tutte le legislazioni (ved., da ultimo, articolo 21 della legge Norvegese 12 luglio 1906; articolo 16 del primo allegato alla legge sugli infortuni del lavoro 21 dicembre 1906 per la Gran Bretagna e Irlanda; art. 94 della legge Ungherese del 1907 n. XIX sull'assicurazione contro gli infortuni e le malattie delle persone occupate nelle imprese industriali e commerciali).

trovano pieno riscontro nelle disposizioni della suaccennata legge.

E di vero, nell'art. 14 espressamente si dice che, in caso di contestazione sul diritto alla indennità o sulla misura di questa, possono le parti transigere, e, come unica speciale condizione per la validità della transazione, si indica quella dell'omologazione del Tribunale, dalla legge richiesta specialmente nello interesse dello infortunato.

Non si pone in dubbio che, pel precedente art. 13, si ammette in favore dell'infortunato o dell'assicuratore il diritto alla revisione dell'indennità, qualora si chiarisca erroneo il primo giudizio o sopravvengano variazioni in meglio o in peggio nelle condizioni dell'operaio, ma sia perchè della transazione si parla in un articolo successivo e sia per l'indole giuridica del detto contratto, i cui effetti sono equiparati a quelli di una sentenza irrevocabile, non è lecito invocare revisione dopo una liquidazione fatta con transazione debitamente omologata.

Nè vale obbiettare che nel caso in esame, per la dedotta erroneità del primo giudizio, siasi verificata una delle eccezioni prevedute dallo articolo 1773 Codice Civile, e cioè l'errore sull'oggetto della controversia transatta perchè l'obbietto della transazione non era la speciale entità della lesione riportata dall'infortunato, ma bensì la generica e complessiva liquidazione dell'indennità dovutagli a causa dell'infortunio, indennità che, per ragioni di convenienza e di sicura ed attuale utilità, l'operaio stimò opportuno d'incassare prontamente, mercè la transazione che il magistrato competente omologò, ritenendola giusta e legale.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

26 novembre 1907 n. 748

Basile *Pres.* — Coletti *Est.*

Bossi (avv. *E. Ciolfi*) contro Comune di Arcevia (avv. *L. Fulvi*).

Il parroco ha azione contro il Comune affinchè questi provveda alla conservazione e mantenimento della chiesa parrocchiale, se non esistono patroni, enti od altre persone a ciò obbligati e la quasi totalità dei parrocchiani è in condizioni povere; nè è necessario dar la prova che tutti i parrocchiani siano nullatenenti (1).

La Corte, ecc. — E' fondato il primo mezzo. L'art. 299 legge comunale e provinciale 4 maggio 1898 fa obbligo ai Comuni, fino a che non sarà approvata una legge che regoli le spese di culto, di provvedere per la conservazione degli edifici inservienti al pubblico culto, nel caso d'insufficienza di altri mezzi.

E' questa una disposizione imposta dalla necessità di provvedere all'urgenza in via transitoria, finchè non sopravvenga apposita legge diretta a regolare in guisa definitiva le spese inerenti al culto.

Nel procedere alla interpretazione di tale disposto, ben apponevasi il Tribunale di Ancona nel riconoscere, in conformità alla sentenza di primo grado, che l'obbligo con esso imposto ai Comuni è puramente sussidiario ed eventuale, perchè soggetto alla condizione della mancanza di altri mezzi, tale essendo il pensiero della legge, reso manifesto dal senso fatto palese dal proprio significato delle parole onde è concepito l'art. 299.

Ma altrettanto bene non apponevasi, quando, pure riconoscendo che dai documenti presentati dal parroco scaturiva la prova della

---

(1) La sentenza cassata è quella 14 marzo 1906 del Tribunale civile di Ancona, est. PERUGINI, e trovasi inserita nella *Corte d'Ancona*, anno 1906, pag. 190.

Il Supremo Collegio viene, così, a confermare in modo ancora più esplicito la propria anteriore giurisprudenza (vedi la dec. 11 agosto 1905, est. LA TERZA, in *Corte Anc.* 1905, 400), aderendo all'opinione tenacemente sostenuta dal GALANTI (*note* in *Corte di Ancona*, anno 1904, 1, 437, e anno 1905, 1, 409).

Sulla natura sussidiaria dell'obbligazione dei Comuni in ordine alle spese di conservazione degli edifici inservienti al culto può consultarsi la stessa Cassazione romana nell'altra decisione 27 novembre 1902, in *Riv. di dir. eccl.*, 1903, 22.

Si leggano anche: F. RUFFINI, *Note esegetiche intorno all'art. 299 della legge com. e provinciale*, in *Diritto e Giur.* XXI, 185, e F. SOLDATI, *Limiti dell'obbligo dei Comuni rispetto alle spese di conservazione degli edifizi che servono al culto*, in *Giurisprudenza italiana*, anno 1906, 1, 1, 301.

inesistenza o insufficienza di altri mezzi, ha il Tribunale dichiarato prematura l'azione spiegata dal parroco contro il Comune solo perchè dagli stessi documenti era possibile trarre la supposizione che fra i parrocchiani di San Settimio in Palazzo, nella massima parte poveri, vi sono alcuni possidenti e benestanti, ai quali si potesse addossare l'onere di provvedere alla spesa occorrente per i canali alle grondaie della chiesa.

A rendere, infatti, attualmente proponibile l'azione del parroco non era necessaria la prova che tutti i parrocchiani, niuno escluso, fossero nella condizione di nullatenenti e poveri. Bastava la prova che tali fossero nel maggior numero.

In questa seconda ipotesi l'azione del parroco era attualmente esperibile, non potendosi il Comune sottrarre all'obbligo di concorrere, per lo meno proporzionalmente, in luogo dei non abbienti alla spesa di cui trattasi, essendo evidentemente antigiuridico e contro i principi elementari di giustizia porre a carico esclusivo di alcuni un obbligo che è imposto alla generalità, unicamente perchè i primi sono nella possibilità di soddisfarlo e gli altri no.

Di più la dichiarata improponibilità della azione del parroco contro il Comune allo stato delle cose per la possibilità che fra le famiglie della parrocchia vi siano possidenti e benestanti, involge anche sotto altro riflesso la violazione dell'art. 299 succitato.

E' certo infatti che finchè non sarà provveduto altrimenti con apposita legge, e finchè esiste l'insufficienza di altri mezzi, la spesa per la conservazione degli edifici inservienti al culto pubblico deve ricadere a carico del Comune.

Ora, avendo il Tribunale ritenuto con apprezzamento di fatto, in base ai documenti della causa e per ammissione delle parti, che nella specie non esistono persone ed enti tenuti per patto o per legge alla conservazione della chiesa parrocchiale; che non esistono patroni con obbligo siffatto; che la parrocchia è povera e che i parrocchiani nella quasi totalità sono similmente poveri, non poteva disconoscere l'illazione che da quelle premesse naturalmente discende, in conformità della lettera e dello spirito dell'art. 299, l'illazione cioè che al Comune incombe l'obbligo sussidiario di provvedere.

Di tal che era inutile pretendere dal parroco la prova della non esistenza di qualche parrocchiano in grado di poter far fronte alla spesa.

Essa non avrebbe potuto cangiare l'attuale condizione di fatto della insufficienza di altri mezzi e il correlativo obbligo del Comune di provvedere per necessità imposta dall'urgenza.

Tutto questo non è puro apprezzamento di fatto incensurabile in questa sede. E' conseguenza di errore di diritto e di sbagliata applicazione della legge sotto due aspetti: sotto il primo, col dichiararsi allo stato esonerato il Comune da qualunque concorso nella spesa sol perchè vi possono essere nella parrocchia famiglie benestanti che potrebbero sopportarla per intero; sotto il secondo, col chiedere al parroco altra prova, che, posti i fatti già accertati, non poteva ritardare l'obbligo del Comune di provvedere frattanto col proprio bilancio.

Ha del pari fondamento il secondo mezzo. Soggiunge il Tribunale che la prova della esistenza di parrocchiani nella possibilità economica di far fronte alla spesa poteva dal parroco essere fornita provocando dal prefetto il provvedimento menzionato nella seconda parte dell'art. 127 del ripetuto testo unico 4 maggio 1898, e finchè questo non avrà fatto, non può costringere il Comune a sostenerla del proprio. Ora basta leggere il richiamato art. 127 per porre in evidenza l'equivoco in cui il Tribunale è incorso.

Con quell'articolo sono dichiarate sottoposte al Consiglio comunale tutte le istituzioni esistenti a pro' della generalità dei comunisti e frazioni del Comune e nell'interesse dei parrocchiani quando questi ne sostengono qualche spesa ai termini di legge.

Ma nella possibilità di un conflitto tra gli interessi delle frazioni o gli interessi particolari dei parrocchiani con gli interessi del Comune o di altre frazioni del medesimo, non potendo l'autorità comunale, in vista appunto di detto conflitto, avere la rappresentanza e la tutela contemporanea degli uni e degli altri interessati, nella seconda parte è disposto che nel caso di opposizione il prefetto convoca gli elettori delle frazioni alle quali spettano le proprietà e attività cause del conflitto, o i parrocchiani, per la nomina di tre commissari al fine di provvedere all'amministrazio-

ne dell'oggetto di controversia, con le facoltà spettanti al Consiglio comunale.

Ma vede ognuno che l'art. 127 non ha nulla da vedere, e che fuor di proposito vorrebbesi applicare alla fattispecie. Finora, come si rileva dalla sentenza del Tribunale, nessuna opposizione o conflitto è sorto tra il Comune di Arcevia o sue frazioni e i parrocchiani di Palazzo.

E però non si saprebbe assolutamente intendere come ed a qual fine il parroco di quella parrocchia dovrebbe chiedere e provocare dal prefetto il provvedimento menzionato nella seconda parte dell'art. 127, la convocazione, val dire dei parrocchiani in comizio per la nomina di tre commissari, posto che opposizione o conflitto non sussiste.

E meno è dato comprendere come, supposto possibile detto provvedimento, il parroco possa riuscire a dimostrare con questo l'esistenza di parrocchiani in grado di poter far fronte alla spesa, mentre il parroco ha sostenuto e sostiene, ponendolo a fondamento dell'azione contro il Comune, che i suoi parrocchiani sono tutti poveri.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI APPELLO DI ROMA

13 aprile 1907 n. 193

Cardona *Pres.* — Mosca *Est.*

T. (avv. *A. Clementi*) contro G. (avv. *V. Lollini*, *C. D'Amico* e *A. Bidolli*).

Se Tizio, in vista del prossimo matrimonio di sua figlia con Caio, presta a favore di costui garanzia verso Sempronio per il pagamento di una data somma, tale garanzia non perde efficacia, se il matrimonio venga sconcluso (1).

Nei contratti di retrocessione il corrispettivo, che costituisce la causa giuridica di ogni contratto a titolo oneroso, consiste nel semplice fatto dell'accollamento delle obbligazioni facenti carico al cedente e non occorre che il cedente ritragga pure un vantaggio economico (2).

Per aversi il dolo, che dà causa alla nullità di un contratto, occorrono atti positivi, come i cosiddetti raggiri, e non bastano il silenzio e la dissimulazione dei propri segreti pensieri (3).

La Corte ecc. — La sola questione da decidere in questa sede riguarda la nullità o meno, sia per consenso viziato da dolo, sia per mancanza di causa del contratto 27 aprile 1904 di retrocessione del negozio Colombo dal G. (cui il Colombo l'aveva precedentemente ceduto il 14 marzo 1904) al T., questione che involge l'altra della pertinenza e concludenza dei fatti su cui il tribunale ha ammessa la prova testimoniale.

Che, ad escludere preventivamente ogni attacco per dolo o per mancanza di causa contro il contratto 27 aprile 1904, la difesa del T. ricorre, anche in questa sede, ai seguenti due argomenti: *a*) che il detto contratto di retrocessione non fece, in fondo, che rimettere le cose a posto, ossia in modo conforme al vero, giacchè il precedente contratto 14 marzo 1904 con cui il Colombo cedette il negozio al G., con la garanzia del T., era simulato quanto alla persona del cessionario, essendo stato in quel contratto il T. non il G. il vero acquirente; *b*) che, contenendosi nel contratto 14 marzo 1904 una liberalità da parte del T. a favore del G., in contemplazione del futuro matrimonio, sconcluso il matrimonio, anche la liberalità non avesse potuto più sussistere.

Ma siffatti argomenti non reggono in alcun modo. Non regge il primo, perchè dalla circostanza di non essere il T. un negoziante sar-

---

(1) Naturalmente. Infatti il matrimonio rappresentava, nel caso, soltanto un motivo interno, un fatto probabile che magari determinò l'incontro della volontà delle parti, ma non è da confondere con l'oggetto e la causa del contratto di garanzia. Si vegga, per qualche rapporto, la decisione 22 marzo 1905 del Trib. civ. Macerata (*Corte Anc.* 1906, 1, 179), confermata dalla Cass. Roma 20 gennaio 1906 (*id.* 1906, 1, 183).

(2) Cfr. A. SACCHI, in *Digesto italiano*, voce *Contratto*, n. 74.

(3) Ci sembra che questa massima sia perfettamente contraria all'altra affermata dalla stessa Corte nella decisione 17 luglio 1906, est. BLANCUZZI (in questa Raccolta, anno 1906, pag. 517, con nota di richiami). La specie, però, era diversa. — Nel seno della sentenza che annotiamo vedi A. Trani 12 marzo 1907, *Foro Puglie* 1907, 148.

to e di non avere fatto mai speculazioni in genere di sartoria, nonchè dall'altra circostanza importantissima che egli, appena sconcluso il matrimonio della sua figliuola col G., si affrettò a ricedere il negozio al Colombo, con non lieve perdita, risulta ad evidenza che la originaria cessione del 14 marzo 1904, nelle intenzioni di tutte le parti contraenti, venne fatta effettivamente e non simulatamente in testa al G. Il T. non volle allora far altro, se non aiutare il suo futuro genero a procurarsi una posizione più elevata, prestando per lui garanzia ipotecaria a favore del Colombo, creditore del prezzo del negozio ceduto. E se le trattative della cessione 14 marzo 1904 si svolsero direttamente fra il Colombo ed il T., ciò avvenne non perchè il T. dovesse essere il vero acquirente, ma perchè egli avrebbe dovuto prestare quella garanzia, senza della quale il Colombo aveva dichiarato di non volere cedere il negozio al G. Il Tribunale però, pur avendo ritenuto nelle considerazioni l'inesistenza della pretesa simulazione relativa al contratto di cessione 14 marzo 1904, ammise, poi, nel dispositivo, con manifesta incoerenza, la prova testimoniale su alcune circostanze di fatto dedotte in via subordinata dal T., allo scopo di desumere in via indiretta, ossia per mezzo di presunzioni, la detta simulazione. Non regge del pari il secondo argomento, perchè il contratto 14 marzo 1904 non contiene una donazione fatta dal T. al G. in contemplazione del matrimonio che si doveva contrarre dal medesimo con la figliuola di esso T., ma contiene invece una pura e semplice garanzia prestata pel suo futuro genero a favore di un terzo, garanzia che nè rappresenta una vera e propria donazione fatta al garantito, nè può perdere efficacia pel fatto della sconclusione del matrimonio, specialmente di fronte al terzo a cui favore fu prestata. Male quindi s'invocano nella specie i principî di diritto riguardanti la *donatio propter nuptias* e la *conditio causa data causa non secuta*.

Che, ritenuto il G. come vero acquirente del negozio nel primo contratto di cessione 14 marzo 1904, il successivo contratto del 27 aprile 1904, con cui il G. ricedette il negozio per lo stesso prezzo al futuro suocero T. (convertendo così costui da semplice garante in acquirente, da obbligato in *subsidium* in obbligato principale) non può affatto reputarsi nullo per mancanza di causa, giacchè il corrispettivo (costituente la causa giuridica nei contratti a titolo oneroso) sta nell'esonerazione del G. dall'obbligo di pagare il prezzo del negozio al Colombo e nell'accollamento di tale obbligo da parte del secondo cessionario T., come debitore principale, senza alcun diritto a rivalsa, e non più come semplice garante. Il G. e con lui anche il Tribunale vorrebbero per la validità dei contratti di recessione o retrocessione, oltre questo corrispettivo, anche un vantaggio economico pel cedente, senza pensare che il più o il meno del corrispettivo, quando questo esista, non rende mai nulla l'obbligazione per mancanza di causa, giacchè spesso le successive cessioni o la retrocessione si fanno a prezzo inferiore a quello originariamente sborsato o ancora dovuto dal cedente, potendo questi avere acquistato a condizioni onerose.

Che tutto, adunque, si riduce a vedere se il successivo contratto di cessione al T. del negozio Colombo, precedentemente acquistato dal G. possa reputarsi nullo per consenso carpito con dolo al medesimo dal T. stesso. In che consisterebbe questo dolo?

Il G. in fondo, ragiona così: «Voi T., prima del 27 aprile, giorno in cui stipulai il contratto di retrocessione del negozio Colombo a favore vostro, già eravate venuto a conoscenza dell'esistenza di una figlia naturale da me riconosciuta e di un figlio naturale riconosciuto da mia sorella, come si desume da parecchie circostanze che io sono pronto a provare e specialmente dalla data delle copie degli atti di riconoscimento rilasciate a voi o a chi per voi dall'Ufficio dello stato civile, e quindi avevate già deliberato prima del 27 aprile di sconchiudere il matrimonio, di cui era stata fissata pel 30 di quel mese la celebrazione. Intanto voi, fino al 28 aprile, tutto taceste a me: anzi, aveste cura di non farmi trapelare nulla della notizia avuta e del proposito fatto di rompere il matrimonio, per potere prima ottenere da me la retrocessione del negozio allo scopo di esimervi dalle eventuali conseguenze della garanzia prestata a favore mio verso il Colombo. Perciò, atteggiandovi sempre a futuro suocero, m'invitaste in quei giorni a pranzo ed anche alla cena di Pasqua del 23 aprile 1904, sicchè io, di nulla sospettando, non esitai ad aderire alla richiesta da voi fattami di ricedere a voi per ragioni di convenienza e di opportunità economica il negozio Colombo allo stesso prezzo di acquisto. Ma, stipulato appena il contratto di ricessione, vostro genero C. la sera stessa fece av-

vertire gli operai che smettessero di lavorare nel nuovo appartamento destinato agli sposi e l'indomani venne a cacciare me dal negozio. Voi, adunque, con arti subdole, ossia continuando a fingervi prossimo futuro suocero, mentre avevate già risoluto di sconchiudere il matrimonio, mi carpiste il consenso al contratto 27 aprile 1904; di qui la nullità del medesimo ».

Che, anche ammesso per vero il fatto, che il G. vorrebbe indurre dalle circostanze da lui articolate (il fatto cioè che il T., pure avendo prima del 27 aprile avuta notizia della figlia naturale riconosciuta dal G., e pure avendo perciò deliberato di sconchiudere il matrimonio, nascose le sue risoluzioni al G., nel fargli la proposta della retrocessione del negozio), non perciò potrebbe ritenersi che il consenso del G. in questo contratto fosse stato carpito con dolo. Il dolo, dice l'art. 1115 del cod. civile, è causa di nullità del contratto, quando i *raggiri* usati da uno dei contraenti sono stati tali che l'altro, senza di essi, non avrebbe contrattato. Dunque per il dolo occorrono i *raggiri*, secondo la nostra legge, e per aversi i raggiri, giusta il significato comune e giuridico della parola, occorrono atti positivi, non bastando a costituirli il silenzio e la dissimulazione da parte di uno dei contraenti delle segrete sue intenzioni (atti negativi). Ciò è insegnato dai giureconsulti romani e specialmente da Labeone il quale, come è noto, censurò l'opinione professata da Aquilio ed accettata da Servio Sulpicio, i quali ravvisavano il dolo *cum esset aliud simulatum, aliud actum. Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur; posse et sine dolo malo aliud agi aliud simulari, siculi faciunt qui per ejusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua, vel aliena; itaque ipse sic definit dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, Labeonis definitio vera est.* (*L.* 1, *par.* 2, *Dig.*, 4, 3).

Dunque le semplici dissimulazioni dirette ad *tuenda vel sua, vel aliena* (e questo appunto avrebbe fatto nella specie il T., il quale in tanto avrebbe nascosto al G., nel chiedergli la retrocessione del negozio, il proposito già formato di sconchiudere il matrimonio della sua figliuola con lui, in quanto gli sarebbe stato più agevole in tale modo di ottenere il suo consenso alla detta retrocessione, colla quale egli intendeva *tutelare i suoi interessi* seriamente esposti in seguito al primitivo contratto del 14 marzo 1904) non costituiscono dolo secondo il significato classico di questa parola, o meglio non costituiscono quei raggiri di cui è cenno nell'art. 1115 del cod. civ. e che corrispondono alla *calliditas*, alla *fallacia* ed alla *machinatio* di Labeone. Nè vale il dire che l'atteggiarsi a prossimo futuro suocero, quando già si è presa la risoluzione di mandare a monte la promessa di matrimonio sia un atto positivo, poichè se ogni silenzio ed ogni simulazione si traducono in uno speciale atteggiamento di chi tace o di chi dissimula, non perciò questo atteggiamento, dato pure che sotto un certo aspetto non possa considerarsi come un atto negativo, costituisce a rigore di legge un raggiro doloso. Imperocchè degli eventuali silenzi e dissimulazioni di una delle parti contraenti l'altra deve garantirsi da sè prima di conchiudere il contratto; se non lo fa, peggio per lei, il contratto rimane ciò nonostante sempre fermo, a meno che non possa essere impugnato per altra causa diversa dal dolo.

Che per conseguenza deve riputarsi frustranea la prova ammessa dal Tribunale e respingersi senz'altro anche quel capo di domanda del G. diretto ad ottenere la dichiarazione di nullità del contratto 27 aprile 1904, e quindi o la restituzione del negozio Colombo nelle condizioni in cui si trovava dopo il 14 marzo 1904, ovvero l'*id quod interest*.

Per questi motivi, ecc.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

8 giugno 1907 n. 361

Cardona *Pres.* — Capriolo *Est.*

Assicuratrice italiana (avv. *C. Scotti*) contro Liverzani (avv. *C. Baudana*).

L'azione per risarcimento del danno inferto da un terzo all'assicurato spetta direttamente a questi e non già all'assicuratore, il quale può solo, se del caso, sperimentare

l'azione di regresso contemplata dall'articolo 438 cod. commercio (1).

L'assicurazione contro gli accidenti appartiene alla categoria delle assicurazioni sulla vita; quindi non è ad essa applicabile l'articolo 438 cod. comm. che concerne l'azione di regresso dell'assicuratore verso i terzi nelle assicurazioni contro i danni (2).

La Corte ecc. — Osserva che l'appellante Società, sia con la citazione, come con le sue deduzioni tanto innanzi al tribunale, quanto alla Corte d'appello ed in questa sede, insiste nel dichiarare che ella principalmente ha inteso di spiegare l'azione diretta in base all'art. 1151 e segg. del cod. civ. A tal proposito rileva che, se la sentenza appellata non avesse omessa una simile indagine, avrebbe dovuto, senz'altro, risolvere la questione a suo favore sul riflesso che quando il sinistro è imputabile ad un terzo la Compagnia di assicurazione risente il pregiudizio di dover pagare una indennità, che nelle assicurazioni contro le disgrazie accidentali avrebbe potuto non pagare mai, se il terzo non avesse per sua colpa cagionato l'infortunio. Ma essa dimentica che la responsabilità del Liverzani per la morte del Cervellati non può essere altra, se non quella delineata dall'art. 1154 codice civile, la quale, procedendo dal quasi-delitto che presuppone la volontaria omissione della debita diligenza o prudenza, ha per fondamento la presunzione della colpa del primo per non avere, quale proprietario del cane, usata la vigilanza necessaria ed atta ad impedire il fatto nocivo e produttivo del danno cagionato dall'animale, che gli apparteneva, alla persona del secondo. Or poichè oramai più non si dubita, che tale azione nascente *ex quasi delicto* è personale, è ovvio che nessun altro abbia legittimo interesse a sperimentarla se non il danneggiato ed il suo erede, e che sia ad essa estraneo l'assicuratore, pel quale l'evento determinato dal fatto illecito ai termini del contratto che lo vincola all'assicurato costituisce condizione e non titolo del pagamento, di cui, per l'azione contrattuale di danni, l'assicurato medesimo ha diritto a valersi nei soli rapporti del civilmente responsabile.

Questo intese dire il tribunale, quando affermò che, essendo il danno unico, non si poteva pretendere che il Liverzani dovesse rifonderlo due volte, una volta cioè all'erede del danneggiato che già aveva contro di lui promossa azione di risarcimento, ed una seconda volta alla Società assicuratrice, e dovesse versare somme ingenti, qualora le assicurazioni fossero state multiple. Ingiusta perciò è la censura mossa alla sentenza impugnata, che, contrariamente a quanto l'appellante assume, lungi dal trascurare, fece anche questa indagine. E la fece molto diligentemente osservando, con accorgimento, che il tentativo dell'attrice di ricorrere all'azione diretta si riduceva ad un circolo vizioso di parole, in quanto la sostanza era sempre quella di un'azione di regresso, che non era lecito sperimentare per via indiretta allo scopo di eludere la legge commerciale, che vietava all'assicuratore di riprendersi il prezzo del suo contratto, a meno che l'assicurato non gliene avesse fatta espressamente cessione, della quale non si ravvisavano gli estremi nella dichiarazione resa dal tutore nel suddetto atto di quietanza.

Del resto, tutto ciò fu implicitamente ammesso dalla Società appellante, la quale, nel pagare senza opposizione il premio, dimostrò di riconoscere l'evento come disgrazia accidentale, e quindi esente da quell'elemento di colpa, che ora tenta di ricercare nel fatto del Liverzani per responsabilità nei suoi diretti rapporti. E tale riconoscimento, se non rende addirittura inammissibile l'azione ora proposta, somministra un nuovo argomento per ritenerla infondata, e per rendere perciò inattendibile anche la domanda subordinata della prova chiesta per stabilire la colpa del Liverzani medesimo.

Osserva che del pari manca, come pure ret-

(1-2) La nostra Corte di appello in sede di rinvio si uniforma all'avviso espresso in questa causa dalla Corte di cassazione di Roma (dec. 26 maggio 1906, est. PALLADINO, nella presente Raccolta, anno 1906, pa. 343-344, con richiami).

Si vegga, però, la nota critica del dott. Giuseppe VALERI (*Natura giuridica delle assicurazioni contro gli accidenti*, in *Riv. di dir. comm.*, 1907, 2, 558), secondo cui è assolutamente contrario al vigente diritto positivo il principio che avvicina le assicurazioni-accidenti alle assicurazioni-vita, mentre deve ritenersi che l'assicurazione-accidenti è una vera assicurazione contro i danni, soggetta però a norme particolari, per la speciale natura dell'oggetto assicurato. La nota del VALERI è molto ben redatta.

tamente ritenne il tribunale, la base dell'azione di regresso, che l'appellante fonda nell'art. 438 del cod. di commercio, non potendo questa disposizione scritta a favore dell'assicuratore, per i danni che si verificano nelle assicurazioni che hanno per oggetto le cose, estendersi a quelle che si stipulano contro avvenimenti che possono, all'infuori della morte naturale, togliere la vita o recare un danno fisico alle persone.

Le prime sono infatti contemplate dall'articolo 423 (Capo I) del codice di commercio, e le seconde dal successivo articolo 449 e seguenti (Capo II). Le une e le altre sono specie del genere del contratto definito dall'articolo 417, e sono regolate da norme speciali e diverse per ragione della loro differente natura, essendo quello contro i danni un contratto d'indennità, in quanto mira al risarcimento del danno, e quello sulla vita di previdenza per il pagamento di una determinata somma, che può essere anche assai maggiore del danno risentito in conseguenza dell'infortunio, in modo da recare all'assicurato un vantaggio pecuniario.

Perciò, mentre le assicurazioni, che possono essere multiple presso la stessa o diverse Società, sono valide per qualsiasi somma, le altre non producono effetto che fino alla concorrenza del valore dell'oggetto assicurato in relazione al solo danno effettivamente sofferto.

Essendo così l'assicurato risarcito di tutto il danno sofferto, non può più reclamarlo contro l'autore del danno stesso, altrimenti conseguirebbe un indebito lucro. Perdendo però egli una tale azione, è giusto e legittimo investirne l'assicuratore, onde non sia liberato dall'obbligo del risarcimento del danno l'autore di questo che ne è il solo e vero responsabile.

Ma così non avviene nelle assicurazioni sulla vita e sulla incolumità personale, perchè non è il valore della cosa che si assicura, ma la somma di danaro, per il pagamento della quale costituiscono la condizione o il termine, la durata o gli eventi della vita stessa, mentre indipendentemente da tal contratto il diritto a risarcimento resta integro nell'assicurato o nei suoi eredi, per le ragioni già accennate, contro l'autore del fatto illecito. Ecco perchè la surrogazione dettata per i contratti di assicurazione contro i danni è taciuta o meglio è esclusa, in quelli sulla vita, per i quali l'art. 451 richiama l'osservanza degli art. 429 e 430 e non comprende l'art. 438, al quale il legislatore del 1882 avrebbe fatto certamente richiamo se avesse inteso di ammettere la surroga a favore dell'assicuratore sulla vita umana.

Or posto che con la polizza di assicurazione allegata agli atti l'assicuratrice Società si è obbligata, mediante il pagamento di un determinato premio annuo, non già di risarcire le perdite o i danni che l'assicurato avrebbe potuto risentire per l'avverarsi di determinati sinistri, ma di pagare una somma immutabile e fissa se entro il periodo di tempo assegnato al contratto l'assicurato fosse o perito o rimasto in istato di invalidità, è indubitato che il contratto in disputa, anzichè sfuggire alla sanzione del cod. di commercio, cade tassativamente sotto la disposizione dell'art. 449 del cod. medesimo, presentandosi nella sua struttura, come esattamente si è espresso il Supremo Collegio, con gli elementi costitutivi identici a quello di assicurazione sulla vita umana, coll'intento di coprire i rischi sospesi sulla vita umana e coll'identica finalità di ottenere nella somma stipulata il corrispettivo delle quote versate e non già l'equivalente del danno. E ciò basta per far cadere tutte le argomentazioni che l'appellante desume o dall'errato presupposto che si tratti di un contratto d'assicurazione contro i danni, o da criteri di analogia colle norme contenute nella legge speciale relativa agli infortuni degli operai sul lavoro, che non è lecito di adottare di fronte a così esplicite e tassative disposizioni della legge commerciale.

R. TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

25 novembre 1907, n. 2530

Frigeri, *Pres.* — Zoffili, *Est.*

Trinca (avv. *G. Colizzi*) contro Di Marco (avv. *A. S. Martorelli*).

Disposta dal Collegio una prova testimoniale e delegato un pretore a raccoglierla, i termini e le norme da osservarsi sono quelli stabiliti per i giudizi dinanzi al Collegio e non dinanzi ai pretori (1).

(1-5) **Prima massima.** Insegnamento costante. Cfr. Trib. civ. Roma 30 maggio 1906, *Gazz. Proc.* XXXIV, 339; Trib. civ. Ascoli Piceno 29 agosto 1905, *Corte Anc.* 1906, 1, 118; A. Roma 11 aprile 1897 e 5 set-

Per lo scambio delle liste testimoniali in causa vertente dinanzi al Collegio, debbono intercedere cinque intieri e liberi giorni fra quello della notifica della lista e il giorno fissato dal giudice delegato nella prima ordinanza con cui si dispone l'inizio della prova (2).

Ove cotesto termine venga violato, non si ha diritto a proroga o rinvio per integrarlo: ma si decade senz'altro dalla prova, cioè dal diritto di far escutere i testimoni tardivamente indotti (3).

In tal caso non può ordinarsi nemmeno la rinnovazione dell'esame a senso dell'articolo 249 cod. proc. civile (4).

Pronunziandosi la decadenza dalla prova, le spese dell'incidente vanno poste a carico del decaduto (5).

Il Tribunale, ecc. — Osserva che la questione da risolversi per decidere l'attuale controversia sia quella che il convenuto Trinca si è proposto nella sua comparsa, se cioè si decada dal diritto all'inchiesta testimoniale perchè nel giorno fissato dal giudice per l'esame non erano ancora decorsi cinque giorni da quello della notifica della lista, e se ad evitare la nullità della inchiesta si possa concedere la fissazione di altro giorno per l'esame. Il Trinca si è accinto a dimostrare come non s'incorra nella decadenza anzidetta e nulla osti alla fissazione di altro giorno per l'esame, ma il Collegio non esita a dichiararsi contrario all'assunto di lui perchè mal rispondente alla parola e allo spirito della legge;

Che, anzi tutto, giova accennare appena come nel raccoglimento di una prova il Pretore delegato dal Collegio debba seguire le norme che ai giudizi collegiali si addicono, e come i cinque giorni che il legislatore all'articolo 234 della Proc. civ. dispone abbiano ad intercedere fra il giorno della notificazione delle liste testimoniali e quello dell'esame a pena di nullità, debbano essere interamente liberi. Rispetto a ciò, ormai più non si discute, ed al riguardo anche le parti in causa non sono dissenzienti;

Che la giurisprudenza e la dottrina sono anche ormai pienamente concordi nel ritenere che le parti debbano notificarsi reciprocamente le liste testimoniali cinque giorni prima dell'esame complessivo e non dei singoli testi, e ciò per la unicità dell'inchiesta testimoniale, per la uguaglianza di trattamento che debbono avere tutte le parti in causa, e per evitare le sorprese, le frodi e le mali arti che uno dei litiganti potrebbe porre in opera,

---

tembre 1899, *Temi rom.* 1897, 417, e 1900, 374; PETRONE, in *Diritto e Giur.*, XVII (1902), 1, 223, parte IV.

Con la seconda massima il Tribunale segue la giurisprudenza che prevale presso il Supremo Collegio di Roma e la locale Corte di appello (cfr., in questa Raccolta, anno 1904, pag. 201 e 444, anno 1905, pag. 367, anno 1906, pag. 274, ed anno 1907, pag. 76, coi relativi richiami). Il medesimo principio va affermandosi sempre più di giorno in giorno anche presso le altre autorità giudiziarie del Regno (Cass. Palermo 6 giugno 1905, *Mon. trib.* 1905, 764; A. Brescia 11 dicembre 1906, *id.* 1907, 48; A. Bologna 26 ottobre 1906, *Temi* 1906, 888; A. Trani 13 marzo 1906, *Foro Puglie* 1906, 194; Trib. civ. Cagliari 4 dicembre 1906, *Giur. sar.* 1907, 123; A. Firenze 19 febbraio 1907, *Mon. trib.* 1907, 673 (bellissima sentenza, estesa dal cons. GERMANO); A. Napoli 4 settembre 1906, *Corte app.* 1907, 317; A. Aquila 23 luglio 1907 *Giur. Abr.* 1907, 372).

Terza massima. Non riusciamo a comprendere come possa sostenersi il contrario. Lasciamo andare l'autorità della prevalente giurisprudenza che si esprime nei sensi della decisione che commentiamo (cfr., più o meno esplicitamente, A. Roma 13 ottobre 1894, *Temi rom.* 1895, 71 - 5 settembre 1899, *id.* 1900, 374 - 13 aprile e 13 luglio 1905, in questa Raccolta, 1906, 271, e 1905, 367 - e 15 maggio 1906, *id.* 1906, 274; Trib. civ. Roma 2 marzo 1904, *id.* 1904, 188; Cass. Roma 27 febbraio 1904 e 16 dicembre 1906, *id.* 1904, 201, e 1907, 76; A. Aquila 25 maggio 1906, *Giur. ital.* 1906, 1, 2, 609; A. Venezia 23 novembre 1905, *Temi* 1906, 211; ecc. ecc.), ma è indubbio che la notifica della lista testimoniale fuori del termine prescritto dall'art. 234 cod. proc. civile importa decadenza dalla prova, ovvero — come dice meglio il MORTARA (*Commentario*, vol. III, n. 526, pag. 636) — importa la pena della nullità, cioè la pena *di non essere ammessi a far udire i propri testimoni*.

E deve decidersi così, esclusivamente così. Infatti, nel Codice di rito esistono due articoli chiarissimi, ai quali — se non erriamo — nessuno è mai ricorso per la risoluzione della controversia che ci occupa. Gli articoli sono il 46 e il 58 delle *Disposizioni generali*, libro I, titolo I:

Art. 46. I termini, scaduti i quali la legge stabilisce la decadenza o la nullità, sono perentori e non possono essere prorogati dall'autorità giudiziaria, salvo i casi eccettuati dalla legge.

Art. 58 capoverso. L'atto nullo non può essere rinnovato, scaduto il termine perentorio per far-

quando egli previamente fosse venuto a conoscenza dei nomi dei testi dall'avversario indotti;

Che più grave e dibattuta questione è quella se con le parole *prima di quello dell'esame* nel citato articolo il legislatore abbia voluto intendere prima del giorno fissato dal giudice delegato per cominciare l'esame o prima di quello in cui l'esame ha il suo effettivo cominciamento. Niun dubbio però che, posta in armonia la dizione dell'articolo in parola cogli altri che governano l'istituto dell'inchiesta testimoniale, e con lo spirito che lo informa, la prima delle esposte interpretazioni debba prevalere sulla seconda. E invero non può negarsi che fra l'articolo in parola e il precedente art. 233 esista un nesso logico. Tanto l'uno, che l'altro fulminano di nullità le mancate e tardive notifiche, e se nel primo di essi si dispone che la notificazione dell'ordinanza del giudice che stabilisce il giorno per la comparizione dei testi debba farsi, a pena di nullità, dieci giorni prima di quello stabilito per l'esame, non può seriamente sostenersi che nel successivo articolo, che è un complemento di quello antecedente, abbia la legge voluto riferirsi ad un giorno diverso, incerto, eventuale, a quello cioè in cui gli esami saranno per avere effettivamente luogo. E' nel giorno stabilito dal giudice che si apre il verbale della inchiesta, e, qualunque sia il rinvio, qualunque la proroga che egli disponga o conceda poi, il punto iniziale dell'esperimento della prova non rimane spostato, ed a quello e non ad altro qualsiasi occorre riferirsi e rispetto a quello vanno osservati i termini delle notificazioni. Se così non fosse, il voto del legislatore, di assicurare a ciascuna delle parti uguale trattamento e di evitare le sorprese e gli artifizi, verrebbe senz'altro frustrato, dappoichè non si conoscerebbe mai con certezza il giorno al quale dovrebbe far capo il termine, e quello dei litiganti, il quale, ottemperando, alle parole della legge e all'ordinanza del giudice, avesse intimato la sua lista cinque giorni prima del giorno fissato per l'esame, correrebbe sempre il pericolo di rivelare anzi tempo i suoi testi all'avversario, che non notificasse ugualmente la propria o la notificasse tardivamente, e di subire poi irrimediabilmente le conseguenze della rivelazione, se alla parte negligente fosse lecito di chiedere ed ottenere il rinvio dello espletamento della prova allo scopo di sanare la violazione di legge, nella quale era incorsa;

---

lo, salvo i casi determinati dalla legge.

Questi articoli — ripetiamo — offrono la chiave per intendere a dovere la disposizione del successivo art. 234.

Chi ragiona intorno a quest'ultimo articolo ed alle conseguenze sue, senza tener presenti gli articoli 46 e 58, fa nient'altro che un vaniloquio.

Citiamo, ad esempio, il MATTIROLO.

Questo scrittore, pur così accorto, combatte la tesi che la notifica della lista testimoniale fuori termine produca decadenza dalla prova, scrivendo quanto segue:

« La *nullità* è cosa diversa dalla *decadenza*. Il legislatore, con gli articoli 233 e 234, non volle (?!) già stabilire formalità di cui la inosservanza importasse, senz'altro, *decadenza* dal diritto di procedere alla prova; ma fu solo sua intenzione di provvedere affinchè la parte, contro la quale è diretta la prova, possa acconciamente preparare le sue difese, sia col provare in materia contraria, sia coll'opporre ai testimoni dell'avvrsario quelle eccezioni che stimi opportune: quindi è che la circostanza dell'essere state fatte le notificazioni, prescritte nei detti articoli, entro un termine minore di quello stabilito dalla legge (o dall'autorità giudiziaria, a norma dell'articolo 235) farà sì che nel giorno designato non si potrà procedere all'esame, sotto pena di *nullità* di questo; ma non importerà decadenza dalla prova; e perciò potrà la parte domandare, e il giudice delegato, anche all'uopo d'ufficio (?!), ordinare che si sospenda intanto l'esame, e si stabilisca, a tale fine, un altro giorno, per lasciare appunto, fra quelle notificazioni e l'esame, l'intiero spazio di tempo voluto dalla legge: il tutto a condizione che non si oltrepassi il termine legale, stabilito o prorogato, entro cui deve compiersi l'esame (*Trattato*, quarta edizione, vol. II, n. 564)».

Come si vede, il MATTIROLO neppur si accorge del rapporto che hanno con la nostra questione gli articoli 46 e 58 del Codice di rito.

Distingue la *nullità* dalla *decadenza;* e va benissimo. Ma pel suddetto articolo 46, sia che si tratti di termini *a pena di nullità*, sia che si tratti di termini *a pena di decadenza*, consegue sempre che i termini stessi sono perentori e non possono prorogarsi dall'autorità giudiziaria.

Ora, il MATTIROLO vuole appunto un rinvio od una proroga per lasciare fra il giorno della notifica della lista e il giorno dell'effettivo inizio della prova l'intiero e libero termine che è prescritto dalla legge — rinvio o proroga che l'arti-

Che, posto dunque che la dizione « prima di quello dell'esame », contenuta nel citato articolo 234, significa che la notificazione in parola va fatta cinque giorni prima del giorno stabilito per l'esame, ed importando tale inosservanza la nullità, sia della lista così intimata, sia degli esami dei testi tardivamente indotti, che eventualmente venissero escussi, ne consegue che il Trinca, il quale notificò tardivamente la propria lista all'avversario, che nel termine di legge gli aveva notificato la propria, è decaduto dal diritto di far escutere i propri testi sui fatti che formano oggetto della disposta prova, nè può ottenere rinvio di sorta per integrare il termine, e ciò sia perchè la Di Marco ha acquisito il diritto ad opporsi all'audizione dei testi indotti tardivamente, e cioè oltre il 1.o settembre, e quel suo diritto non può venire menomato — sia perchè (art. 46 c. p. c.) i termini stabiliti a pena di nullità o di decadenza sono perentori e non possono essere prorogati;

Che non è il caso di applicare il disposto dell'art. 249 c. p. c. (dal Trinca richiamato nella sua comparsa), per cui si dispone che, quando l'esame sia nullo in tutto o in parte per colpa del giudice, cancelliere, procuratore od usciere, va rinnovato a spese di chi ha dato luogo alla nullità, perchè tale articolo riguarda la rinnovazione di esame, e non esami ancora da farsi, come nella specie, e perchè in ogni ipotesi non è in alcuna guisa provato che la tardiva notificazione della lista, che ne ha importato la nullità, sia derivata da colpa del procuratore e non piuttosto dello stesso Trinca;

Che le spese di questo incidente vanno poste a carico della parte che lo ha indebitamente sollevato;

Per questi motivi, ecc.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

9 dicembre 1907, n. 2617

Tercinod, *Pres* — Sacerdoti, *Est.*

Vivi (avv. *L. Cartasegna*) contro Fallimento Vivi (avv. *S. Ajta*).

Per gli effetti dell'art. 40 della legge sui piccoli fallimenti si deve attribuire un valore decisivo alle relazioni del Commissario giudiziale, sino a tanto che non siano posti in

---

colo 46 non consente in nessunissima guisa.

Ciò basterebbe già per dimostrare l'erroneità della tesi che noi avversiamo.

Senonchè può arrivarsi alle medesime conclusioni anche per altra via, e precisamente per quella che si giova del capoverso dell'art. 58.

Per l'art. 234 la notifica della lista testimoniale fuori termine è per lo meno *un atto nullo;* ma l'atto nullo, dispone il citato capoverso, non può essere rinnovato, scaduto il termine perentorio per farlo; *ergo*, combinando siffatto capoverso coll'anteriore art. 46, deve sempre concludersi che la legge divieta la rinnovazione della notifica della lista testimoniale, quando più non esiste il termine dei cinque giorni liberi, il che val quanto sancire la decadenza dalla prova, non potendo questa sperimentarsi se la lista testimoniale manca.

Obbietterà taluno che il sistema è ingiusto.

Non tanto ingiusto, rispondiamo, quanto il decader dal diritto di appello o dal rimedio della cassazione pel decorso dei termini stabiliti.

Chi non volesse certe ingiustizie dovrebbe invocar dal legislatore la soppressione di tutti i termini perentori in materia di procedura; ma ciò costituirebbe un vero regresso, e, in ogni caso, finchè ci sono, bisogna rispettarli.

Null'altro aggiungiamo sul tema, perchè la presente nota, come in genere tutte le note che si pubblicano in questa Raccolta, ha un fine esclusivamente pratico e non teorico.

Sulla quarta massima della sentenza in esame ricordiamo il conforme avviso dell'A. Roma 13 aprile 1905, già citata, e quello più recente dell'A. Aquila 26 luglio 1907, pure citata. Rettifichiamo, anzi, un errore in cui siamo caduti nella nota a pag. 151 della corr. annata di questa Raccolta. Ivi abbiamo criticato come contraria la decisione 16 febbraio 1907 della Cass. Roma, nel falso supposto che avesse applicato l'art. 249 c. p. c. ad un caso nel quale l'esame testimoniale non aveva ancora avuto luogo. Tutt'altro: in quel caso l'esame era stato espletato, e quindi il Supremo Collegio di Roma giudicò ottimamente, applicando l'art. 249, nè la sua decisione può figurare tra quelle contrarie alla massima suindicata.

Circa la condanna alle spese dei giudizi incidentali — spese da mettere sempre a carico del soccombente, come ha fatto la sentenza annotata — nulla crediamo di dover aggiungere a quanto scrivemmo a piè della decisione 17 ottobre 1904 del Tribunale civile di Roma, in questa Raccolta, anno 1905, pag. 132. a. r. m.

essere altri elementi di fatto che elidano le risultanze di quelle relazioni (1).

Nè per gli stessi effetti il passivo può essere valutato soltanto in rapporto ai debiti insinuati od a quelli esistenti sin dallo inizio della procedura, ma si deve estendere a tutti gli altri debiti in qualunque modo accertati ed anche a quelli sopravvenuti durante la procedura del piccolo fallimento, durante la quale, e fino a quando le proposte di concordato non siano respinte, non si può far distinzione fra debiti del fallito e debiti della massa: tutti i debiti anteriori o posteriori al decreto presidenziale, che ordina la convocazione dei creditori, si riportano alla persona del piccolo fallito e costituiscono debiti suoi propri (2).

Il Tribunale, ecc. — Anzitutto non si può fare a meno di tenere un grandissimo conto delle relazioni presentate dall'avvocato Aita-Cametti, sia durante la procedura di piccolo fallimento, sia dopo la dichiarazione del fallimento.

Infatti egli, tanto come commissario giudiziale, quanto come curatore, ha per legge l'incarico di accertare le condizioni economiche del debitore (art. 774 e segg. Codice commercio, art. 37 primo capoverso legge 24 maggio 1903). Quindi è che, avendo l'avv. Aita-Cametti riferito che il passivo del Vivi supera le 5000 lire, il Tribunale deve attribuire a questa circostanza un gravissimo peso nella risoluzione della controversia. Con ciò non s'intende dire che il passivo debba essere valutato soltanto in base alle relazioni dell'avvocato Aita-Cametti, ma bensì che ad esse si deve attribuire un valore decisivo fino a tanto che non siano posti in essere dal Vivi od altrimenti risultino al Tribunale nuovi elementi di fatto che elidano le risultanze di quelle relazioni. Invece, nella specie, le relazioni dell'avvocato Aita-Cametti trovano conferma nelle altre risultanze della procedura fallimentare. Invero i debiti insinuati nel fallimento ammontano alla somma di lire 4998.83, a cui si debbono aggiungere altre lire 159.50 importo di tre debiti verso Calligari, Kunkelmann e Micheli, non insinuati, ma bensì portati dal bilancio presentato dal Vivi. Si ha, così, un totale di L. 5158.33, che supera il limite stabilito dall'art. 36 della legge 24 maggio 1903. A codesto calcolo non si potrebbe opporre che, per gli effetti dell'art. 36 citato, il passivo deve essere valutato in rapporto ai soli debiti insinuati, giacchè una simile interpretazione della legge urterebbe non solo contro la lettera dell'art. 36, il quale parla genericamente di debiti commerciali e civili, il cui complesso non superi le 5000 lire, senza far distinzione fra debiti insinuati o meno, ma ben anche contro la ragione dell'articolo stesso, in quanto il limite delle 5000 lire è assunto come cri-

(1-2) Anche A. BAUER, studiando gli articoli 40 e 42 della legge sui piccoli fallimenti (in *Dir. comm.*, anno 1906, pag. 331), scrive che cotesta legge « stabilisce il limite fra i piccoli e gli ordinari fallimenti, non in base alla somma dei crediti che concorrono alla ripartizione dell'attivo, ma su quella di tutte le passività *di cui effettivamente è gravato il patrimonio del debitore* ». E il BAUER continua: « La procedura di verifica dei crediti è diretta a stabilire quali creditori, che hanno insinuato i loro crediti, abbiano diritto veramente a concorrere alla ripartizione dell'attivo, ma non ha per iscopo di accertare il vero ammontare di tutti i debiti del fallito, giacchè vi possono esser creditori che non insinuano i loro crediti, ma non per questo si presume dalla legge che essi vi abbiano rinunziato, tanto è vero che si ammettono le tardive dichiarazioni. Il valore del passivo risultante dalla verifica dei crediti non è che un elemento per stabilire il valore di tutti i debiti del fallito, *dovendosi per questo tener conto anche di tutti gli altri debiti risultanti dal bilancio e dai libri del debitore, quantunque non siano stati insinuati.* Questo diverso modo di calcolare il passivo agli effetti della competenza ed agli effetti della liquidazione del fallimento è la conseguenza necessaria del sistema adottato dalla legge dei piccoli fallimenti, di prescindere cioè dalla verifica dei crediti. I debiti segnati nella nota presentata dal dissestato *e accertati dal Commissario* o dichiarati dai creditori sono senz'altro ammessi al passivo, salvo che sorgano contestazioni, per le quali provvede il pretore come arbitro amichevole compositore ».

Egualmente il BOLAFFIO, *La legge sul concordato preventivo ecc.*, art. 36 e 40; nonchè Cass. pen. 17 ottobre 1905 e 11 giugno 1907, rispettivamente in *Riv. pen.*, LXIII, 163, e in *Cass. unica pen.*, XIX, 1308, e A. Venezia 17 settembre 1907, *Temi* 1907, 846.

Fu giudicato che il Pretore, cui durante la procedura del piccolo fallimento risulti che il passivo è superiore alle lire 5000, essendo obbligato a rimettere la conoscenza dell'affare al tribunale, non è competente a liquidare l'onorario dovuto al Commissario giudiziale (Pret. Orbassano 11 marzo 1906, in *Pretura*, 1906, 328).

terio misuratore dell'importanza dell'azienda commerciale. Nemmeno varrebbe in contrario di osservare che ancora non è stato chiuso il verbale di verificazione dei crediti. In vero, considerando la questione da un punto di vista strettamente giuridico, si deve riconoscere che l'ammontare del passivo, per gli effetti dell'art. 36 citato, deve esser valutato *allo stato degli atti*, e ciò risulta ben chiaro sia dalla considerazione che fin dal momento, in cui il commerciante fa istanza per l'apertura del piccolo fallimento, s'impone il quesito, se il passivo superi o no le 5000 lire, — sia dal disposto dell'art. 40, secondo il quale,in qualsiasi momento risulti che il passivo superi le 5000 lire, si fa luogo alla dichiarazione di fallimento. D'altra parte, nella specie, non vi è nemmeno la convenienza *pratica* di rimettere la decisione a dopo la chiusura del verbale di verificazione allo scopo di avere una base più sicura per la determinazione del passivo, poichè la reale esistenza dei crediti insinuati non è punto negata dal Vivi, il quale invece si limita a rilevare che tali crediti sono sorti posteriormente all'apertura del piccolo fallimento e non debbono quindi esser contemplati nel passivo, allo scopo di determinare la procedura applicabile nella specie. Ma il Tribunale ritiene, invece, che anche i crediti nati posteriormente al decreto presidenziale, con cui veniva ordinata la convocazione dei creditori a mente dell'art. 36 citato, debbono esser tenuti in conto, allo scopo di stabilire se il passivo sia o no superiore alle 5000 lire. Ciò si argomenta, anzitutto, dall'art. 40 della legge 24 maggio 1903, il quale è così concepito: «Se durante la procedura e prima della votazione del concordato risulta che il passivo è superiore alle lire 5000, il Pretore rimette la cognoscenza dell'affare al Tribunale ». Il tempo presente, usato in questo articolo, dimostra che per la dichiarazione del fallimento si ha riguardo a tutti i crediti che vengono a far parte della procedura di piccolo fallimento, quantunque nati e maturati posteriormente all'apertura di esso, e non già ai debiti soltanto, che a quel momento già esistevano.

Questo principio si ricava altresì da tutto il sistema della legge 24 maggio 1903. Infatti l'art. 36 di questa legge dichiara che la presentazione della domanda di convocazione dei creditori produce gli effetti stabiliti dagli articoli 7, 8 e 9 e nell'art. 8 è detto che «durante la procedura del concordato preventivo, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e prosegue tutte le operazioni ordinarie della sua industria e del suo commercio ». Adunque il decreto presidenziale che inizia la procedura di piccolo fallimento non produce quell'effetto, che è caratteristico della sentenza dichiarativa di fallimento, vale a dire lo spossessamento del commerciante che si trovi in istato di cessazione dei pagamenti. Il piccolo fallito, fino a che le proposte di concordato non siano respinte (art. 39 e 40 legge cit.), continua a gerire i propri affari, ad essere a capo della propria azienda, ad esser titolare dei diritti ed obblighi che a questa si riferiscono. Non è adunque, possibile nella procedura di piccolo fallimento, fino alla reiezione della proposta di concordato, di far quella distinzione fra debiti *del fallito* e debiti *della massa*, che è una conseguenza dello spossessamento fallimentare: tutti i debiti, siano anteriori o posteriori al decreto presidenziale che ordina la convocazione dei creditori, si riportano alla persona del piccolo fallito, costituiscono debiti suoi propri. E non potendosi fare distinzione fra debiti anteriori o posteriori all'apertura del piccolo fallimento, ne viene che quando, prima che il concordato proposto sia accettato o registrato dai creditori il passivo cadente nella procedura viene in qualsiasi modo ad esser superiore alle 5000 lire, il Pretore deve rimettere gli atti al Tribunale e questo dichiarare il fallimento. Che se, nella specie, fra i crediti insinuati, vi siano anche per avventura crediti maturati non solo dopo l'apertura del piccolo fallimento, ma anche dopo la sentenza dichiarativa del piccolo fallimento, la decisione non può esser diversa, giacchè è evidente che, revocando il fallimento, i debiti della massa verrebbero a confondersi con quelli del fallito e tornerebbero tutti ad accentrarsi nella persona del debitore. Le considerazioni fin qui svolte sono sufficienti a tener ferma la dichiarazione del fallimento pronunciata colla sentenza 18 ottobre 1907, senza che esso abbia bisogno di scendere all'esame dei crediti non insinuati nel fallimento nè denunciati dal fallito, ma accertati dal curatore nelle indagini da lui espletate. Il Tribunale tuttavia non può tacere che i rilievi fatti dal curatore, non sono senza gravità e confortano l'attuale decisione, in quanto contribuiscono a calcolare in una somma vieppiù grande l'ammontare del passivo del Vivi.

Avv. A. SANTE MARTORELLI, Direttore responsabile.

Società Tipografico-editrice Romana - Via delle Coppelle num. 35 - Roma.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

25 maggio 1907 n. 467

Pagano, *Pres.* — Palladino, *Est.*

Molina (avv. *G. Calvi*) contro Banca Romana ed altri (avv. *P. Grippo*).

Per far luogo all'esibizione dei libri di commercio non basta l'esistenza di una lite e l'interesse a richiederli, ma è necessario che le relative registrazioni siano per speciali rapporti comuni ai contendenti (1).

Se sotto tale aspetto non può accogliersi la domanda di taluno per esibizione dei detti libri, ciò non impedisce che possa accogliersi in quanto costui agisca utendo juribus *di un suo debitore che abbia diritto alla esibizione stessa, e quindi difetta di motivazione la sentenza che non consideri la controversia da quest'altro lato* (2).

La legge rimette al prudente critèrio del giudice di aderire o meno alla richiesta di esibizione dei libri commerciali, e l'uso di tale facoltà è incensurabile in cassazione (3).

La Corte *a Sezioni unite* ecc. — Osserva sul primo mezzo che la sentenza impugnata ricorse a due ragioni per ricusare la chiesta esibizione dei libri della Banca. Considerò da prima che, per far luogo all'invocato provvedimento, vi dovesse concorrere l'estremo che le registrazioni dei libri da esibirsi dovessero riguardarsi per speciali rapporti comuni ai contendenti, e questa considerazione è giuridicamente irreprensibile e corretta, e per la sua conformità alla legge deve prevalere alla proposizione che vi contrappone il ricorrente, che per chiedere l'esibizione dei libri bastino l'esistenza di una controversia e l'interesse a chiederli. Se l'interesse del richiedente non si dovesse considerare in riguardo a quello speciale rapporto giuridico che forma la materia in contesa ed in riguardo alle annotazioni dei libri che quel rapporto servono a chiarire e determinare, come ha bene avvisato la sentenza impugnata, ne risulterebbe snaturata la disposizione dell'art. 28 del cod. di comm., poichè l'esibizione dei libri commerciali diverrebbe di ordinaria applicazione, rimessa soltanto al potere discrezionale del giudice, senza il correttivo, che è nello spirito e nella lettera della legge, e che costituisce la caratteristica differenziale di questo provvedimento al confronto della produzione dei libri, senza, cioè, la corrispondenza tra il rapporto giuridico in contesa e le registrazioni dei libri di commercio ad esso relative. Come effetto di questa corrispondenza si limitano al necessario le ricerche da farsi nei libri del commerciante, come è nel voto della legge, e si rende possibile procedere all'estrazione di ciò che in essi fu annotato e riguarda la controversia, come letteralmente esige l'art. 28 surriferito. Senonchè la sentenza impugnata, concludendo che il Molina non si trovava nelle condizioni volute da questo articolo per aver diritto a chiedere l'esibizione dei libri, mancò di esaminare se in queste condizioni non si trovasse sotto l'altro profilo da lui posto a fondamento della sua istanza, cioè dell'esercizio a lui competente dei diritti e dell'azione del suo debitore Pericoli, in virtù dell'art. 1234 cod. civ., non potendo allora dubitarsi che, in riguardo alla materia controversa, la entità dei crediti fatti valere in graduazione dalla Banca, l'obbiettivo e l'interesse della chiesta esibizione fossero specificati, volendosi determinarla mediante le annotazioni dei libri della Banca.

Osserva che, se per la testè addotta considerazione risulta giustificata la censura di mancata motivazione a carico della sentenza impugnata, non ne consegue che possa essere assecondata la proposta di annullamento, poichè, come già si è avvertito, la Corte ricorse ad una seconda ragione per resistere all'i-

(1) Cfr. VIVANTE, *Trattato di dir. comm.*, 2.a edizione, vol. I, n. 183; LESSONA, *Teoria delle prove*, 2.a ediz., Firenze, Fratelli Cammelli, vol. II, n. 633; Cass. Firenze 30 dicembre 1886, *Annuario crit. di giur. comm.* 1886, pag. 360, n. 241; A. Genova 27 giugno 1887, *Eco di giur.* 1887, 293.

(2) Non ci sembra discutibile l'applicazione dell'art. 1234 cod. civile nel caso di cui si è occupata la sentenza che annotiamo, non trattandosi di sperimentare con la domanda di esibizione dei libri, un diritto esclusivamente inerente alla persona del debitore, come si esprime in termini l'articolo suddetto.

(3) Cfr. A. Palermo 6 dicembre 1904, *Foro sic.* 1905, 2, 3; LESSONA, op. cit. nella precedente nota (n. 1), vol. II, n. 634; E. AUDOLY, in *Digesto italiano*, voce *Libri di commercio*, n. 47.

Sull'esibizione dei libri di commercio in materia civile vedi negativamente, da ultimo, l'A. Bologna 19 settembre 1907, *Temi gen.* 1907, 698, acerbamente criticata dal prof. BOLAFFIO in *Temi*, 1907, 913.

stanza di Molina per la esibizione dei libri, la quale, comunque dalla motivazione della sentenza vi sia buon fondamento a ritenere che non sia stata la ragione prevalente, è però sufficiente a sorreggerla. Infatti la Corte di merito, richiamandosi alla natura del giudizio vertente, concluse che ne ritraeva argomento per astenersi dall'ammettere il provvedimento invocato.

Così giudicando, la Corte addusse un motivo che rende vana ed inefficace ogni censura, perchè la legge rimette al prudente arbitrio del giudice di aderire o meno alla richiesta di esibizione dei libri, e perchè l'uso che egli crede di fare di tale facoltà non può cadere sotto il controllo del Supremo Collegio. Nè sussiste ciò che viene lamentando il ricorrente che la Corte, col diniego dell'esibizione dei libri, abbia giudicato sotto l'influenza di erronee convinzioni giuridiche in ordine alla portata dell'art. 28 ed alla natura del giudizio richiamato, poichè la motivazione della sentenza rivela chiaramente che, quando la Corte volle esaminare se nella specie a lei soggetta ricorreva il caso di valersi della facoltà a lei conferita dall'art. 28, ebbe a prescindere da ogni indagine sul concorso degli altri estremi per la esibizione dei libri, e si preoccupò non già della natura del giudizio di graduazione in genere ma di quello, sul quale era chiamata ad interloquire, di quello attuale, com'ella disse, che durava da 17 anni, come in seguito ebbe a rilevare, ed in ordine al quale si rifiutò d'ammettere un'istanza che si presentava coi caratteri di un espediente dilatorio.

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

17 dicembre 1907 n. 837

Pagano, *Pres.* — Palladino, *Est.*

Provincia di Massa (avv. *P. E. Bensa*) contro Brizzi (avv. *A. Gabrielli*).

Il cittadino non ha azione verso l'Amministrazione pubblica (nella specie, il Comune) per chiederle il rifacimento dei danni derivati dalla cattiva costruzione o trascurata manutenzione di una pubblica strada (1).

La Corte, *a Sezioni unite*, ecc. — Osserva che dal presente ricorso il Supremo Collegio è chiamato a riesaminare una questione già ripetutamente trattata in recenti decisioni.

Si è nel tema della responsabilità delle pubbliche amministrazioni in riguardo alla viabilità pubblica, ed il Supremo Collegio, come già altre volte, non può che escluderla sul fondamento di queste due sostanziali ragioni: che alla pubblica amministrazione non incombe un vero obbligo giuridico di fare o non fare nell'interesse del privato relativamente alla costruzione e manutenzione delle pubbliche vie, ciò cadendo nella sfera della sua esclusiva funzione amministrativa, e che non è passibile di azione giudiziaria da parte del privato cittadino per rifusione di danni, non competendo al medesimo un diritto proprio, ma un interesse per transitare ed usare delle pubbliche vie che *deserviunt privatorum usibus, iure scilicet civitalis*. Da ciò è chiaro che se la pubblica amministrazione non crede di provvedere a certe opere, che potrebbero reputarsi conferire alla maggiore comodità ed alla sicurezza dell'uso della via pubblica, esula il carattere di negligenza, o di omissione generatrice di un indennizzo, poichè non vi è violazione di un diritto.

La sentenza impugnata e la difesa del resistente non hanno disconosciuto questi principi, ma li hanno disapplicati nella specie sul riflesso di due considerazioni, le quali neppur costituiscono una novità, essendo state oggetto di esame e di censura da parte di questo Supremo Magistrato. Infatti quello che non è obbligo giuridico non può divenir tale a carico della pubblica Amministrazione; quello che è semplicemente interesse di usare di una strada più comoda e più sicura non può tramutarsi in diritto a favore del privato, come parve alla Corte Genovese, per la considerazione del danno patito sia nel patrimonio, sia nella incolumità della persona, poichè in tal modo si confonde ciò che è titolo del danno col titolo dell'azione giudiziaria per indennizzo e si unifica ciò che dev'essere distinto, l'elemento del danno e l'elemento dell'omissione colposa, senza di cui, e col solo elemento del danno, per quanto grave, l'azione per indennizzo non procede.

---

(1) E' sempre la solita questione che ritorna con insistenza davanti l'autorità giudiziaria, perchè è veramente una questione di alto interesse.

Il Supremo Collegio conferma la sua antica giurisprudenza, che non ammette il sindacato sul modo in cui le Amministrazioni mantengono o co-

Può anche ritenersi verificato il danno, che il resistente Brizzi contestò col suo libello alla Provincia ricorrente, senza che per ciò solo si ammetta il concorso della lesione di un suo diritto, poichè l'avere lasciato senza ripari la strada Carrara-Levanto nel punto dove sarebbe seguito l'infortunio costituiva per l'Amministrazione provinciale di Massa esercizio delle attribuzioni discrezionali, mentre la pretesa di averla munita di ripari non è in correlazione con un diritto del Brizzi, essendo ad ogni modo incompatibile con la demanialità della strada. Fu perciò meritamente segnalata alla censura di questo Supremo Collegio la sentenza impugnata, la quale con manifesta contraddizione con se stessa, dopo aver riconosciuto che quanto attiene alla costruzione e manutenzione della pubblica via è nell'orbita delle funzioni amministrative della pubblica Amministrazione, non dubitò di affermare, come base di una lesione giuridica risarcibile, che se nell'attuale esercizio di quelle funzioni incoglie danno al privato nella sua persona o nel suo patrimonio le pubbliche amministrazioni non agiscono nell'orbita del proprio diritto obbiettivo, risultandone così l'omissione dei ripari imputata alla Provincia di Massa ad un tempo legittima e colposa, e con non meno evidente contraddizione con la legge ammise l'esistenza di un diritto del privato, garentito da azione giudiziaria, nell'uso e nell'accesso alle vie pubbliche, dove l'uso e l'accesso sono esercitati *jure civium*. Le argomentazioni della sentenza impugnata intorno all'eminenza dei diritti, che s'imperniano nella personalità individuale, ed al rilevato assurdo che si possa ricusare al privato risarcimento malgrado il danno toccatogli nella propria persona, sotto la pretesa prevalenza del bene pubblico, non sono che divagazioni dal tema della lite, quale era impostato sin dal libello « risarcimento di danni per fatto colposo » ed in ordine al quale la Corte Genovese non poteva dire, come ha detto, che le lesioni alla personalità individuale conferiscono sempre azione civile esperibile dinanzi al magistrato ordinario, e non poteva prescindere dalla ricerca dell'elemento della colpa, come fondamento del preteso indennizzo, ricerca che avrebbe condotto ad escluderla in ciò che si volle qualificare come omissione imputabile alla Provincia ricorrente e che è invece pertinenza di funzioni discrezionali, di cui il singolo non può giudizialmente esigere l'adempimento.

Osserva che la tesi della risarcibilità del danno risentito e derivato da cattiva o trascurata manutenzione della via pubblica al confronto delle pubbliche amministrazioni nulla guadagna dall'invocazione di leggi speciali (articolo 28 della legge 20 marzo 1865 sui lavori pubblici ed art. 36 legge comunale e provinciale) che, avendone creato un obbligo a carico di quegli enti, han fatto supporre alla sentenza denunziata che da tale obbligo potesse sorgere il corrispettivo diritto subiettivo dei privati e la conseguente azione giudiziaria; ma il supposto risulta fallace, considerando che nelle citate leggi, che hanno finalità proprie, non si intese di regolare e riconoscere alcun diritto privato e che dalle medesime si desume che, se l'uso della via pubblica e l'intenzione dei cittadini ad esercitarlo con maggiore comodità e sicurezza sono meritevoli di tutela, questa non può provocarsi che con richiami in via amministrativa per ottenere gli opportuni provvedimenti.

Altrimenti non rimane al privato che usare della via pubblica nella condizione in cui si trova, ed in cui la pubblica Amministrazione la lascia a disposizione dei cittadini. Consegue dalle premesse osservazioni che la sentenza della Corte Genovese, giudicando nel senso della proponibilità dell'azione spiegata dal resistente notaro Brizzi dinanzi all'autorità giudiziaria, incorse nelle violazioni di legge che col ricorso le furono addebitate e non può sottrarsi al richiesto annullamento.

---

struiscono le pubbliche strade, e solo riconosce una responsabilità, quando le Amministrazioni stesse ordino sulle pubbliche strade dei lavori e delle opere che sono estranei alla funzione di governo (cfr. dec. 21 agosto 1905, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 1, con nota di richiami).

La sentenza ora cassata è quella 27 novembre 1906 dell'A. Genova, inserita nella *Temi genovese*, anno 1907, pag. 8, con commento critico del prof. C. PACINOTTI.

CORTE D'APPELLO DI ROMA

21 dicembre 1907 n. 1055

Cardona, *Pres.* — De Notari-Stefani *Est.*

Volpi (avv. *G. Coglitore*) contro Cassa di Risparmio di Tivoli (avv. *M. Bongarzoni*).

Il reclamo contro il bilancio e lo stato di ripartizione formati dal liquidatore di una Cassa di Risparmio va non solo proposto con citazione al liquidatore, ma anche depositato nella Cancelleria del tribunale entro il termine di trenta giorni successivi alla pubblicazione nel Giornale degli annunzi giudiziari (1).

Decorso il detto termine, il reclamo deve dichiararsi irricevibile, essendo di essenza il deposito summentovato; nè pel computo dei trenta giorni può aversi riguardo alla data di pubblicazione nel Bollettino delle Società per azioni, pubblicazione che non è più prescritta nei casi di liquidazioni siffatte (2).

Le Casse di risparmio hanno carattere civile (3).

La Corte, ecc. — Osserva che gli opponenti adducono come, essendosi notificata nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione nel Giornale degli annunzi giudiziari la citazione al liquidatore nella quale si racchiudevano i motivi di opposizione, debba aversi riguardo alla sostanza dell'atto, anzi che alla forma, nel senso, cioè, che la omissione del deposito in cancelleria, costituente al postutto inosservanza procedurale, per cui la legge non commina nullità, non possa dar fondamento al motivo di inammissibilità del reclamo, tanto più che l'atto intimato al liquidatore fu poscia depositato ed inserito nel Giornale degli annunzi giudiziari, se non nel termine di 30 giorni prescritto pel deposito, in quello successivo di quindici giorni utili per la cognizione dei reclami e per lo intervento in giudizio di tutti i creditori;

Che in contrario vuolsi rilevare qualmente l'articolo 26 della legge 15 luglio 1888 sull'ordinamento delle Casse di risparmio prescriva che nella liquidazione debbano seguirsi le norme stabilite dal Codice di commercio per le Società anonime; ora per quanto si riferisce ai reclami l'articolo 215, che detta appunto le norme da osservarsi, compiuta la liquidazione, nel regolare il diritto di opposizione che compete ai soci, non soltanto prefinisce il termine, ma come condizione essenziale ed esclusivamente idonea a manifestare la volontà di opporsi ingiunge il deposito dell'atto nella Cancelleria del Tribunale di commercio. La finalità del disposto apparisce evidente, giacchè, per rendere in breve termine definitiva ed irrevocabile la liquidazione senza pregiudicare i diritti dei soci, si rendeva necessario prescrivere una formalità solenne, quale il deposito, affinchè tutti gl'interessati bene edotti della opposizione proposta potessero intervenire nel giudizio unico, che si chiude con la sentenza, la quale fa stato anche riguardo ai non intervenuti. Ed il presupposto nel quale è fondato il precetto consiste nella presunzione di acquiescenza dei soci, che non promossero in quel dato termine ed in quella forma la opposizione.

(1-2) Non conosciamo precedenti specifici su questi due punti; ma poichè la legge 15 luglio 1888 n. 5546, serie 3.a, richiama, all'art. 26, le norme stabilite dal Codice di commercio per la liquidazione delle Società anonime, mandiamo i lettori a consultare lo scritto di G. B. BONFANTE, *Sulla forma del giudizio per la risoluzione dei reclami avverso il bilancio presentato dai liquidatori e sul termine in cui tale giudizio debba essere promosso* (*Dir. comm.*, vol. X, 825).

Intorno alla liquidazione in genere delle Casse di Risparmio ed anche intorno alla costituzionalità o meno del regolamento 21 gennaio 1897 n. 43 gli studiosi potranno leggere la importantissima monografia di M. PETTINI, in *Giurisprudenza italiana*, anno 1908, 4, 1 e segg. Si vegga altresì il BRUSCHETTINI nei suoi lavori: *Le Casse di Risparmio ed il Codice di commercio* (*Archivio giur.* vol. LXI, 583 e segg.), *La rappresentanza nel liquidatore delle Casse di Risparmio* (*Dir. comm.*, vol. XV, 69-80), *Sulla condizione giuridica delle Casse di Risparmio e dei loro creditori nei periodi di crisi* (nota alla sentenza 10 dicembre 1898 dell'A. Roma, inserita nel *Foro italiano*, annata 1899, 1, 242 e seguenti).

(3) Dell'argomento si occupano molto il PETTINI e il BRUSCHETTINI negli studi richiamati alla nota che precede. Cons. pure G. BRUNETTI, al n. IV dello studio «Inammissibilità del sindacato giudiziario sui motivi disciplinari del licenziamento di un impiegato della cassa di risparmio», in *Giur. ital.*, anno 1904, 1 ,2 ,313, nota, — nonchè, da ultimo, Cass. Torino 25 Settembre 1907, *Temi gen.* 1907, 643, e G. INGROSSO, *La natura giuridica delle Casse di Risparmio*, Napoli, Tip. Cooperativa, 1907.

Or se la volontà di opporsi deve secondo la legge, e per raggiungerne lo scopo, esclusivamente manifestarsi nel modo e nel tempo prescritti, la essenza dell'atto di opposizione deve intendersi costituita dall'elemento intrinseco ed estrinseco compenetrati in guisa che non si riuscirebbe a scinderli senza fraintendere il significato ed il movente del precetto legislativo.

Da quanto si è detto consegue che tutte le condizioni che la legge impone come necessarie alla validità del reclamo ne costituiscono la essenza, e che però sia bene opposto il fine di non ricevere a mente dell'articolo 56 comma primo del rito civile.

Gli argomenti addotti in contrario si appalesano destituiti di fondamento giuridico. In perfetta armonia con la legge commerciale l'articolo 43 del vigente regolamento 21 gennaio 1897 suddivide in tre stadi la procedura del reparto: formazione del bilancio e dello stato di ripartizione, proposizione dei reclami, cognizione di questi; regola in consonanza del ricordato articolo 215, al quale si rapporta la legge sull'ordinamento delle Casse di risparmio, i termini e le forme essenziali, prescrivendone la osservanza. Ora riesce evidente che i veri e diretti interessati a conoscere delle opposizioni al riparto siano gli altri creditori, non il liquidatore, e che però la notizia pervenuta al medesimo con l'atto di citazione non possa equipararsi al deposito in Cancelleria ed alle pubblicazioni, condizioni richieste a guarentire le ragioni dei creditori; così del pari è manifesto come non sia da confondere il termine utile per la proposizione del reclamo con quello necessario a conoscerne i termini dal regolamento distinti come di ragione: decorsi i trenta giorni, nel difetto delle opposizioni, il riparto deve intendersi approvato, appunto perchè la perentorietà del termine è condizione essenziale intesa ad attuare la finalità della legge; da ciò deriva che il posteriore deposito e la tardiva pubblicazione nel Giornale degli annunzi giudiziari non siano atti valevoli a menomare il diritto quesito a che il reparto non opposto nel termine e nelle forme di legge venga eseguito;

Che si eccepisca inoltre dai fratelli Volpi come il *dies a quo* per la decorrenza del termine utile al reclamo non possa stabilirsi nel caso controvertito, imperocchè il liquidatore ometteva la pubblicazione nel Bollettino ufficiale delle società per azioni. Ricordano i suddetti opponenti che l'art. 215 prescrive anche questa formalità, che il regolamento 4 aprile 1889 all'articolo 31 ne faceva espressa menzione, ed allegano la incostituzionalità di quello ora vigente per avere abrogata, esorbitando dalla facoltà regolamentare, una disposizione dalla legge sancita.

Sul riflesso vuolsi riconoscere come in consonanza della ragione storica desunta dai lavori preparatorii della legge, che regola la materia, ed anche per le disposizioni imperative di questa non sia più consentito il dubbio che intendimento del legislatore sia stato quello di sanzionare il carattere civile delle Casse di risparmio; epperò bene in sentenza fu rilevato che, se nel riordinamento legislativo dell'Istituto si richiamarono in vigore le norme stabilite dal Codice di commercio, questa disposizione non debba interpretarsi in dissonanza del concetto informatore della legge, sibbene a questa armonizzarsi, applicandola solo in quanto le dette norme apparissero confacenti al carattere delle Casse di risparmio.

Dalla premessa si traeva la conseguenza che la pubblicazione nel Bollettino ufficiale delle Società per azioni destinata ad uno scopo strettamente commerciale, e più specialmente alle finalità delle speculazioni di Borsa, non si manifestasse idonea in rapporto ad uno Istituto per cui esula il fine della speculazione, e che però il vigente regolamento, abrogando la formalità della pubblicazione nel Bollettino, che nel decorso di circa dieci anni si era dimostrata non rispondente alla indole delle Casse di risparmio, faceva buon governo della facoltà demandata al potere esecutivo di restringere ed allargare le modalità di esecuzione in riferimento alla legge. Senonchè, pur facendo plauso alla teoria enunciata, non giova per altro soffermarsi ad illustrarne l'argomento che sconfina dai limiti della odierna controversia. Di vero, se la eccezione proposta tende esclusivamente a stabilire che il termine per il reclamo non possa intendersi aperto, stante la omessa pubblicazione nel Bollettino, non è chi non veda come il testo del ricordato articolo 215 valga a dimostrarne la infondatezza.

Nel mentovato disposto, difatti, si stabilisce che i soci possono proporre i loro reclami nei trenta giorni successivi alla pubblicazione nel Giornale degli annunzi giudiziari, e non si menziona, per quanto si attiene al termine, il Bollettino delle Società per azioni: quindi è

chiaro che il *dies a quo* debba computarsi dalla sola pubblicazione menzionata, non da quella di cui la menzione si omise.

Conseguentemente oziosa apparisce la disputa sollevata in riferimento alla prima parte dell'articolo 215 che impone la duplice pubblicazione, imperocchè nel giudizio sulla improponibilità del reclamo la decisione, com'è chiaro, deve arrestarsi al motivo con cui si accoglie il fine di non ricevere;

Che per le ragioni espresse debba confermarsi la sentenza appellata, condannandosi gli appellanti nelle spese giudiziali, non in solido poichè non concorre alcuno dei casi tassativamente indicati dalla legge;

Per questi motivi, ecc.

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

30 dicembre 1907 n. 2871

Tempestini, *Pres.* ed *Est.*

Beneficio Santoro di Frascati (avv. *G. Donati*) contro Schwarz (avv. *E. Marconi*).

Nelle trasmissioni di fondi concessi in subenfiteusi non è dovuto al subconcedente il laudemio di passaggio, salvo patto espresso contrario (1).

La ricognitio in dominum è un diritto pertinente al concedente di enfiteusi (direttario): *in ogni modo, ritenendo che la* ricognitio in dominum *sia dovuta anche al subconcedente nelle subenfiteusi, essa non ha bisogno di esplicito atto formale, e basta all'uopo pur un verbale di offerta reale del canone* (2).

Nel corso del giudizio di primo grado niente oggi vieta che si propongano domande nuove in relazione al tema della controversia (3).

Il Tribunale, ecc. — *In fatto.* Con istromento 11 settembre 1848 per atti Giammarioli il Beneficio Santoro di Frascati, utilista di terreno sito in territorio di Frascati, vocabolo Prato-porci, concede a questo in subenfiteusi a tal Carletti per il canone di scudi dieci liberi e franchi da tributi, e con l'obbligo del subenfiteuta di pagare il canone al direttario Grazio-si ed un censo gravante a favore del Cap. Tuscolano. Per successivi passaggi il fondo suddetto perveniva ultimamente in proprietà del sig. Guglielmo Schwarz, il quale con atto 18 settembre 1905, stipulato innanzi il Console d'Italia a Colonia, lo acquistava dal proprio fratello Ermanno Schwarz. D. Pancrazio De Felici, quale investito dal Beneficio Santoro, con citazione 3 maggio 1907 traeva in giudizio il sig. Gugliemo Schwarz per ottenere il pagamento di due annualità di canone, la ricognizione *in dominum*, il pagamento dei laudemi per tutti gli avvenuti passaggi del fondo, riservato ogni altro diritto in genere ed in ispecie quello di domandare la devoluzione del fondo per la vendita *irrequisito domino*. Dopo la citazione lo Schwartz faceva offerta reale dei canoni maturatisi, accettata dal De Felici con riserva di tutte le altre ragioni e pretese, compresa quella della devoluzione.

In diritto — Attesochè circa il pagamento dei canoni arretrati sia cessata la materia del contendere per l'avvenuta offerta reale accettata;

Attesochè, in ordine al preteso obbligo del pagamento dei laudemi per i successivi trasferimenti del fondo concesso in subenfiteusi, il Collegio osserva che fu viva la disputa fra i trattatisti sulla questione se in caso di subenfiteusi il compratore dovesse pagare il laudemio al padrone diretto o al primo enfiteuta; ma prevalse nella dottrina e nella giurisprudenza Rotale il principio che non fosse dovuto il laudemio al primo enfiteuta sulla considerazione che il laudemio è un diritto esclusivamente inerente al dominio diretto, il quale non può frazionarsi e permane come prerogativa e riconoscimento del diritto del primo concedente e non può trasferirsi nell'utilista, onde non sarebbe giuridicamente concepibile

---

(1-3) — (1) Veggasi, ad es., T. M. RICHERI che lasciò scritto: «Laudimium solvitur domino directo, non priori emphyteutae, si hic fundum vendiderit (*Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, ediz. di Lodi, 1828, vol. X, paragrafo 1416) ». E difatti « laudimium sic dictum, ex quo dominus directus suo consensu et acutoritate approbet ac voluti laudet translationem factam (L. FERRARIS, *Prompta Bibliotheca*, voce *Emphyteusis*, art. III, n. 17) ». Cfr. anche la fondamentale opera del FULGINEO, *De jure emphyteutico*, cap. XXIII *de laudemiis*. Col patto, nondimeno, si può certamente derogare alla *regula juris* che riguarda l'interesse privato.

— (2) Sulla forma della *ricognitio in dominum* rimandiamo il lettore alla nota n. 2 apposta alla

che l'enfiteuta, il quale non trova ne' suoi diritti quello di laudemio, durando nella sua condizione di enfiteuta, lo venisse ad acquistare dopo aver ceduto il suo dominio utile.

Il movimento che avviene tra gli enfiteuti successivi è un fatto giuridico che si riattacca sempre alla prima concessione ed interessa quindi il direttario, del quale quelli rimangono aventi causa. Per tali ragioni, che il Tribunale adotta, il Beneficio Santoro deve ritenersi carente di azione a chiedere al convenuto il pagamento dei laudemi. Nè la sua pretesa può sorreggersi col patto contenuto nell'istromento di subenfiteusi 11 settembre 1848,

---

sentenza 30 dicembre 1905 dello stesso Tribunale di Roma, est. TERCINOD, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 134.

— (3) SUL MUTAMENTO DELLA DOMANDA NEL CORSO DEL GIUDIZIO.

I. L'argomento è passato finora quasi inosservato nella nostra dottrina, quantunque sia dei più interessanti. E' ricca, invece, la bibliografia in proposito nel diritto comune ed in quello germanico: il che dipende dal fatto che tanto l'uno che l'altro hanno disposizioni esplicite in materia, mentre il nostro Codice ha soltanto disposizioni indirette e frammentarie.

Nei limiti di una nota giurisprudenziale non è possibile esaurire l'argomento; onde mi limiterò a tracciarne le linee schematiche.

II. In diritto romano la questione si agita specialmente per il diritto giustinianeo e relativamente ai mutamenti posteriori alla *litis contestatio*.

Vigente la procedura formulare, indiscutibilmente non era dato introdurre alcun mutamento nella domanda, neppure in parti accessorie, dopo la rimessione fatta dal Pretore al giudice. E' infatti chiaro che, quando nel procedimento *in jure* era stata determinata una formola, su questa e non su altra potevasi provvedere *in judicio*.

Più dubbiosa apparve la questione in diritto giustinianeo. L'opinione negativa si fondò assai debolmente sulle LL. 23 Dig., V, 1; 18 Dig. X, 3; 3 Cod. II, 1. La prima, notissima, è così concepita: « *Non potest videri in iudicium venisse id, quod post judicium acceptum accidit, ideoque alia interpellatione opus est* ». Come si vede, questa legge non concerne il vero e proprio mutamento dell'azione, ma riflette il caso d'introduzione nel giudizio di fatti giuridici connessi alla domanda e dopo l'introduzione di questa sopravvenuti. Infatti la Glossa, nell'illustrazione di questa legge, formola il seguente *casus*: « *Petebam a te decem cum nihil deberes et mihi postea incepisti debere: numquid illa decem videbuntur deducta in judicium? Et dicitur quod non, sed alia litis contestatio et alia libelli porrectio est necessaria* ». Quindi dalla legge in esame può trarsi non un divieto generale del mutamento della domanda, ma soltanto il principio che non è permessa l'introduzione nel giudizio di fatti verificatisi in corso di lite.

Neppure la L. 18 Dig. X, 3, aggiunge alcunchè a dimostrazione della tesi negativa. Il precetto, che *ultra id quod in judicium deductum est excedere potestas judicis non potest*, riguarda non le parti, ma il giudice. Esso concerne il vizio di *ultra petita* e, come ACCURSIO ricordava, il significato di questa legge è transfuso nell'adagio « *sententia debet esse conformis libello* ».

Più importante è la L. 3 Cod. II, 1, *de edendo*, così concepita: « *Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet autocritas vel jus reddentis decernit aequitas* ». Sulla base di questa legge, la Glossa distinse tra giudizi universali e generali da un lato e giudizi particolari dall'altro. Nei primi, si ritenne ammesso il mutamento *usque ad sententiam*; nei secondi, *ante litem contestatam, non post*. Ma più che tale distinzione, mi sembra che il testo contenga il principio che la domanda può esser sempre emendata o mutata, lasciando al criterio equo del giudice di ammettere o no, a tutela del convenuto, tali mutamenti. E' — come si dirà poi — il sistema oggi accolto nel Codice germanico.

Questa legge dunque sta piuttosto contro che a favore dell'opinione negativa.

Ma contro di questa sta l'esplicito testo del paragrafo 35, *Inst.*, IV, 6: « *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet; sed in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere permittitur: veluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur* ».

Di fronte a questo testo, nel quale è autorizzato così il mutamento del *petitum*, come della *causa agendi*, l'uno e l'altro *in eodem judicio*, mal si comprende come il GLUCK potesse rimanere incerto e dichiarare la questione assai dubbiosa.

III. Nel diritto intermedio assunse a grande importanza la distinzione tra *emendatio* e *mutatio*, che trovasi già fatta, senza però esser portata a conseguenze giuridiche, nella legge 3 Cod. *de edendo*. La Glossa cominciò a spiegare: « *emendo, cum primo petebam minus nunc plus, vel contra; mutatur actio, cum una de concomitantiis mutatur, scilicet res* ». Ma i glossatori, pur avendo rilevato per i primi la differenza dei due concetti, non ne trassero conseguenze pratiche.

Invece la distinzione tra *emendatio* (*Verbesserung*) e *mutatio* (*Veränderung*) fu fatta con gran-

secondo il quale il subenfiteuta non poteva alienare il fondo enfiteutico senza il consenso del possessore del Beneficio, poichè quest'obbligo non implicava quello del pagamento del laudemio che, essendo — come si è visto — un diritto proprio del direttario, se si fosse voluto patluire anche nella subenfiteusi, doveva menzionarsi anch'esso espressamente, e, se tale fosse stata l'intenzione dei contraenti, non si sarebbe certo omesso di parlarne, data la consuetudine, nelle stipulazioni del tempo, di tutto minutamente regolare e menzionare, secondo cui si dichiarava l'obbligazione del laudemio anche nei contratti originari d'enfi-

---

de studio dai posteriori scrittori e fu così formulata dall'HUBERO: «*emendatio dicitur cum accidentalia libelli corriguntur (si quis plus minusve petierit quam debetur); mutatio cum ipsa libelli substantia invertitur, veluti cum aliud pro alio, vel ex diversa causa petitur*».

La distinzione così formulata rimase fino agli ultimi scrittori tedeschi di diritto comune.

Sulla base di tale distinzione si formò la *communis opinio* che l'*emendatio* potesse farsi in ogni stadio della causa, anche dopo la contestazione della lite; e che la *mutatio* fosse ammissibile soltanto fino al momento di detta contestazione. Poteva però l'attore riprendere sempre da capo il giudizio, dietro pagamento al convenuto delle spese processuali.

Non mancò, in mezzo all'universale consenso per questa dottrina, qualche voce discordante. E così il PLANCK ritenne che il limite alla *mutatio* fosse segnato non dalla *litis contestatio*, ma dalla sentenza probatoria (*Beweisurtheil*).

IV. Invalse nella pratica forense d'inserire nei libelli introduttivi la clausola «*salvo iure addendi etc.*». Sorse così la questione se tale riserva avesse per effetto di render possibile la *mutatio post litem contestatam*.

Naturalmente tutta la dottrina fu unanime nel senso negativo, «*quia* — dice il RICHERI — *potestas haec pendet non a privatorum arbitrio, sed a legum sanctione*». Questo motivo però è indubbiamente eccessivo, poichè dovrebbe concludersene che neppure con l'assenso del convenuto l'attore possa mutare il libello: il che non sarebbe esatto. Nessuna ragione di diritto pubblico può impedire che, sull'accordo di tutte le parti, si muti l'oggetto del contendere, allo stesso modo che la riserva fatta da una parte di mutare, non può diminuire il diritto che si riconosce all'altra parte di non consentire al mutamento.

Più efficace era la clausola «*cum emergentibus, dependentibus, annexis et connexis*». Questa, più che una riserva di ampliare la domanda, era una effettiva deduzione in giudizio di domande non specificate, ma da specificarsi eventualmente meglio in corso di lite: onde nella contestazione della lite esse erano virtualmente comprese, in guisa che la loro dichiarazione costituiva non una *mutatio*, ma un'*emendatio*.

V. Nel moderno diritto germanico è principio sancito nella legge che sia da ammettere non solo l'*emendatio*, ma anche la *mutatio libelli*. Quest'ultima però condizionatamente, mentre la prima illimitatamente. Secondo il vecchio testo della C. P. O. (paragrafo 235 n. 3), il mutamento dell'azione (*Klagänderung*) per parte dell'attore era possibile soltanto allorchè vi assentiva il convenuto. La legge così riconosceva al reo il pieno diritto di difendere il suo diritto processuale di non poter esser costretto a rispondere ad una domanda giudiziale, se non dietro citazione e dopo un congruo *spatium deliberandi utrum cedat an contendat*.

Ma nel nuovo testo della C. P. O. questo diritto del convenuto è stato grandemente diminuito, perchè secondo il paragrafo 264 l'attore può mutare l'azione non solo quando vi consente il convenuto, ma anche quando (ed è questa una disposizione derivata dal codice austriaco del 1895) secondo il giudizio del tribunale il mutamento non ha per effetto di rendere essenzialmente più malagevole la posizione difensiva del convenuto stesso (*wenn nach dem Ermessen des Gerichts durch die Aenderung die Vertheidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird*).

Il legislatore tedesco fu innovatore nel concedere tanta libertà all'attore: così innovatore che, derogando al divieto fatto nel precedente codice del 1877, ammise che perfino in grado d'appello con il consentimento delle parti si potesse far luogo non solo ad un mutamento di azione (paragrafo 527), ma anche all'introduzione di nuove azioni (paragrafo 529 cap. 1), riconoscendo così la validità della rinunzia ad un grado di giurisdizione.

E' da notare poi che secondo la legge germanica il consentimento del convenuto al mutamento dell'azione può anche essere tacito ed implicito nel fatto di passare alla trattazione orale della lite, senza opporsi all'innovazione introdotta (paragrafo 269).

Sotto le surriferite condizioni, dunque, l'attuale diritto germanico ammette che nel corso di un giudizio se ne possa mutare l'oggetto, sostituendo una all'altra azione.

Ma quando si dirà mutata l'azione? quando si avrà *mutatio* anzichè *emendatio libelli*? A tali quesiti risponde il paragrafo 268. Non possono considerarsi come mutamenti dell'azione: *a*) le rettifiche dei motivi di fatto o di diritto; *b*) l'estensione o la restrizione della domanda principale o

teusi, ove questo era tra i *naturalia contractus;*

Attesochè anche la *ricognitio in dominum*, di cui all'art. 1563 c. c., è un diritto pertinente esclusivamente al domino diretto, in quanto è subordinata a facilitare al direttario, nelle possibili trasmissioni del fondo enfiteutico, il modo di assicurarsi perennemente la prova del suo diritto dominicale. Ma, volendo pure ammettere che questa facoltà spetti anche ad ogni subconcedente, sarebbe venuta a mancare la condizione del tempo, avendo il convenuto, con l'offerta reale dei canoni, effettuata la ricognizione del diritto dell'attore;

---

delle domande accessorie; c) la sostituzione di un altro oggetto a quello originariamente chiesto, ovvero la domanda degli interessi. Poichè in questi casi la legge non vede alcun mutamento di azione, non v'è neppur bisogno di consenso da parte del convenuto e l'attore può di proprio arbitrio introdurre alle primitive domande quelle rettifiche e modificazioni che il paragrafo 268 autorizza. Nonostante queste minuziose disposizioni con le quali la legge germanica ha inteso di guidare il criterio del magistrato nel giudicare se, in ogni singolo caso, siasi verificata una vera *Klagänderung*, è tuttavia chiaro che tale giudizio è tutto *di fatto*, non immune perciò da possibilità di errore. Quindi non sembra plausibile la disposizione del paragrafo 270 C. P. O. che nega l'impugnabilità della decisione sul punto dell'essersi verificato il mutamento dell'azione.

Le disposizioni del Regolamento austriaco di procedura del 1895 corrispondono perfettamente con quelle del codice germanico: si ammette cioè che possa mutarsi l'azione con il consenso espresso o tacito dell'avversario (paragrafo 235). Queste disposizioni hanno evidentemente influito sulla legislazione tedesca ed in esse deve ricercarsi il precedente immediato delle innovazioni apportate in questa materia dalla Ordinanza del 1898 a quella del 1877.

Il codice francese non contiene alcuna disposizione nella quale questa materia sia esplicitamente regolata.

Nel silenzio della legge, si è venuta formando in giurisprudenza la dottrina della « *demande additionelle* », vale a dire della domanda dell'attore che aumenta, modifica o restringe le primitive conclusioni. Perchè la modificazione sia ammissibile, se ne richiede la connessità con la domanda contenuta nella citazione: e la connessione, secondo la formula del GARSONNET, è caratterizzata da ciò che la nuova domanda si fondi sugli stessi argomenti e possa essere combattuta con le stesse eccezioni che la domanda principale.

Tra i codici svizzeri, rompe il silenzio quello del Cantone di Vaud (anno 1869), nel cui art. 130 è stabilito che le conclusioni possono essere ristrette o modificate fino alla chiusura dell'istruttoria, purchè non ne venga alterata l'essenza. Si dispone anche che la restrizione della domanda non rende incompetente il giudice adito.

VI. Invece le leggi italiane, che ebbero su questa materia norme esplicite, negano uniformemente all'attore la facoltà di mutare l'azione nel corso del giudizio. Infatti, uno dei primi codici processuali italiani, il Motu-proprio di Pio VII, dette facoltà all'attore di « ampliare, dichiarare o riformare » la domanda contenuta nella prima citazione. E' da rilevare subito che con la parola « riformare » il legislatore pontificio non intese affatto, come sembrerebbe, di render lecita una *mutatio libelli*. Ne fa prova il Regolamento Gregoriano, che nel paragrafo 549 ammette che l'attore possa « *senza punto cambiare la natura ed il genere dell'azione promossa, restringere, riformare od ampliare la sua dimanda* ».

Analoga a questa è la disposizione del codice toscano (art. 60). Il codice parmense sancì (art. 479): « L'attore nelle sue conclusioni può modificare la domanda primitiva: non può surrogarne un'altra affatto nuova ».

Gli altri codici italiani mantennero in questa materia il silenzio del codice francese.

VII. In mancanza di esplicite disposizioni, la questione nel nostro diritto dev'essere risoluta mediante la coordinazione degli art. 37, 176, 387, 480 cod. proc. civ., 9 della legge sul procedimento civile, 256 del regolamento generale giudiziario.

Occorre però distinguere i giudizi in contraddittorio da quelli contumaciali; ed è chiaro che la controversia si agita specialmente riguardo ai primi.

Cominciamo dai giudizi in contraddittorio.

E' da premettere che qualsiasi modificazione alla domanda non è rilevabile d'ufficio dal magistrato; e quindi è concesso alle parti d'immutare d'accordo anche radicalmente la domanda originaria. Ciò si desume dall'art. 37 cod. proc. civ., trattandosi in definitivo di una domanda proposta per comparizione volontaria delle parti.

La questione si circoscrive perciò ai casi in cui la modificazione della domanda incontra l'opposizione delle parti.

Mai si è dubitato presso di noi del diritto di modificare la domanda. Prima, della legge del 1901 sul procedimento civile, si argomentò *a contrario* da disposizioni proibitive.

L'articolo 490 codice procedura civile vieta la proposizione di domande nuove in grado d'appello? dunque, si disse, si potrà proporle in prima istanza. L'art. 387 vieta di modificare la domanda nei giudizi contumaciali? dunque, lo

Attesochè non ha fondamento l'eccezione d'improcedibilità, opposta dal convenuto alle domande di trasferimento dell'estimo catastale, di rimborso di tasse e di devoluzione o decadenza, comechè non dedotte in citazione, ma solo nelle conclusioni delle comparse; imperocchè, a parte che il Beneficio Santoro, nel libello introduttivo del giudizio, fece riserva di ogni altro diritto e in ispecie di quello della devoluzione, tutte queste domande ulteriormente dedotte in giudizio sono virtualmente comprese nel titolo che è a base dell'azione spiegata, ossia il contratto di subenfiteusi, e sono in rapporto di logica connessione

---

si potrà in quelli in contradittorio. L'art. 176 nelle cause formali vieta nuove istanze dopo rimasta ferma l'iscrizione a ruolo? dunque, si potranno proporre prima. Veniva infine, più esplicito e comprensivo, l'art. 256 del Reg. gen. giud., secondo cui nelle cause formali, se alcuna delle parti creda che le conclusioni lette all'udienza dalla parte contraria non siano conformi a quelle prese prima che l'iscrizione a ruolo sia rimasta ferma, deve farne la dichiarazione prima che s'intraprenda la discussione della causa.

Fra queste varie disposizioni, a me sembra assai limitata l'importanza di quella dell'art. 176 cod. proc. civile. Vi si parla di nuove *istanze* e non di *domande*: e ciascuno sa la differenza sostanziale tra i due termini. Nel corso di una causa possono farsi numerose *istanze*, senza con ciò proporre alcuna nuova *domanda* o senza modificare per nulla quella già proposta. Dalla disposizione ora ricordata dell'art. 256 Reg. gen. giud. (affatto conforme al paragrafo 269 della C. P. O.) si ricava il principio già esposto che la difformità delle ultime conclusioni dalle originarie non può esser rilevata d'ufficio.

La legge del 1901 ha poi introdotto una disposizione diretta e un argomento positivo. Nell'art. 9 è appunto preveduto il caso che all'udienza di discussione una delle parti abbia dedotto *nuove domande;* allora, su richiesta della parte interessata, si differisce la trattazione della causa. In ciò è esplicito il riconoscimento che nuove domande possano proporsi.

Resta a vedere entro quali limiti esse siano da ammettere.

VIII. Limitazioni espresse la legge non ne mette: ma è indubitato che limiti razionali e logici sono imposti da tutto il sistema della nostra procedura, e l'art. 9 della legge citata li presuppone.

Razionalmente, io credo, in un solo caso dovrebbe ammettersi il mutamento di uno dei due elementi della domanda, *causa petendi* o *petitum*: quando ciò si renda necessario od opportuno a seguito delle eccezioni del convenuto o dei risultati della prova. Azione ed eccezione debbono essere in continua correlazione: se di fronte ad una eccezione che sposta la base del contendere non fosse dato all'attore seguire e perseguire il convenuto nel nuovo campo aperto alla lite con tutti i mezzi e quindi anche con l'adattare la domanda all'eccezione, sarebbe impossibile ogni contestazione giudiziaria.

Ma il nostro diritto non ha segnato limiti così ristretti. La modificazione della primitiva domanda è sempre ammessa, purchè di essa permanga uno dei due elementi, la *causa petendi* o la cosa domandata. Se fosse dato modificare ad un tempo e *causa petendi* e *petitum*, è evidente che della primitiva domanda nulla rimarrebbe: ed in questo caso si verificherebbe non già il mutamento di un elemento della domanda (che la *modifica*, ma non la *muta*), ma assolutamente di tutta intera la domanda; il che urta contro l'art. 37 cod. proc. civ., secondo cui la domanda dev'essere proposta con citazione, se le parti non siano d'accordo nell'introdurre l'azione. Perciò è bene rilevare che quando si parla di mutamento *della domanda*, altro non può intendersi che mutamento *di un elemento* di essa.

Ritengo quindi che possa mutarsi la *causa petendi*, purchè resti immutato il *petitum*.

Difatti, anche quando la citazione introduttiva sia nulla per incertezza o per omissione della *causa petendi* (art. 134, 145 cod. proc. civ.) la nullità è sanata con la comparizione del citato (art. 190 cod. proc. civ.), perchè il convenuto comparso l'apprenderà in corso di causa. In questo caso è chiaro che l'attore potrà a suo agio insinuare nella lite una *causa petendi* diversa da quella alla quale pensava nel notificare il libello. Quindi, se all'attore che nella citazione non espresse la *causa petendi* o la espresse confusamente, è concesso introdurla a suo capriccio in pendenza di causa, non vi è alcuna ragione perchè ciò si debba proibire a quegli che la enunciò nella citazione. Nè si dica che la *causa petendi* espressa nella citazione ha indicato al convenuto il terreno su cui si agiterà la questione e la pretesa da cui deve difendersi, e che esso è costituito in giudizio per difendersi dalla domanda fondata su quella *causa petendi* e non su altra. Tutto ciò è vero: però quando la citazione è stata seguita dalla costituzione in giudizio del citato, ad essa la nostra legge non dà altro significato che di rappresentare la *chiamata in giudizio* in senso proprio, ma non di costituire la *contestazione della lite*, come è chiaramente dimostrato dal già ricordato disposto degli art. 134, 145 n. 2 e 190 cod. proc. civ., secondo cui produce pieno effetto una citazione priva di tutti gli elementi

e dipendenza coll'oggetto della *petitio* formulato in citazione.

Il libero svolgimento del dibattito giudiziario, consentito dal nostro ordinamento procedurale, che non conosce i momenti sacramentali dell'*editio actionis*, della *deductio in iudicium* e della *litis contestatio*, ha la massima larghezza nel giudizio contraddit-

---

dell'atto formale di citazione e contenente soltanto il precetto di comparire davanti ad un giudice per una determinata udienza, quando sia seguita la comparizione del citato. Avvenuta la costituzione, l'attore formula in corso di causa la sua domanda: se questa esprima una *causa petendi* diversa da quella contenuta in citazione, il convenuto ha diritto ad uno *spatium deliberandi utrum cedat an contendat*. E questo appunto dice l'art. 9 della legge del 1901 con lo stabilire che, di fronte alla proposizione di una domanda nuova, la parte contro cui è proposta ha diritto al differimento della trattazione della causa: il che poi equivale, nei suoi effetti pratici e nei suoi intendimenti, ad una nuova citazione sulla nuova domanda.

IX. Qualche maggiore limitazione è posta al mutamento del *petitum*, determinata da ragioni di diritto sostanziale.

Un caso ci è offerto in diritto romano dalla L. 4 paragrafo 2 Dig., *de lege comm.*, XVIII, 3: « *Eleganter Papinianus libro tertio Responsorum scribit, statim atque commissa lex est statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius praetium petere, nec posse si commissoriam elegit, postea variare* ». In questo caso, il divieto di mutamento della domanda è determinato, più che da motivi di diritto processuale, da ragioni sostanziali.

Lo stesso può dirsi di molte altre azioni, come, ad es., quelle nascenti da obbligazioni alternative o da una verificatasi condizione risolutiva tacita.

A parte questi casi in cui, come dissi, una ragione di diritto sostanziale prevale su quelle di diritto processuale, è certo che della cosa domandata è sempre possibile la rettificazione e la migliore determinazione (*Verbesserung*).

Riguardo al mutamento (*Veränderung*), presupposto indeclinabile perchè sia ammissibile è che la *causa petendi* rimanga invariata. Sotto tale condizione potrà mutarsi la cosa domandata: ed a questo riguardo non avrei che a ripetere qui quanto innanzi ho argomentato dagli art. 139, 145 n. 2 e 190 circa il mutamento della *causa petendi*. Così, se io chiedo a Tizio *ex legato* il fondo *x*, ma poi mi accorgo che il legato riguarda il fondo *y*, avrò diritto di chiedere la consegna di *y* e non mi si potrà costringere a riprender da capo il giudizio. E così pure, se convengo in giudizio il vettore per riconsegna di merci spedite, ed il convenuto dichiara che andarono smarrite, potrò chiedere senz'altro il risarcimento del danno.

X. Riassumendo l'esposizione analitica fin qui fatta riguardo ai giudizi in contraddittorio, credo potersi ritenere nel nostro diritto:

1. vietato il mutamento della domanda propriamente detta;

2. vietate le domande aggiunte che non abbiano connessione con quella proposta in citazione;

3. Ammesso il mutamento di uno dei due elementi della domanda, quando rimanga invariato l'altro;

4. Ammessi i miglioramenti, gli svolgimenti e le rettifiche della domanda.

Questi principî, che a me sembrano emanare dal sistema della nostra legge, non sono però quelli preferiti dalla giurisprudenza, la quale è informata a criteri più restrittivi. Così, è generalmente rifiutato il mutamento della *causa petendi*, e sono ammesse quelle sole modificazioni che non alterino sostanzialmente la domanda, e quelle ulteriori domande che virtualmente erano comprese nella originaria.

XI. Ai giudizi contumaciali provvede sufficientemente l'art. 387, e se qualche questione può sorgere, non riguarda i principî direttivi, ma qualche singola applicazione.

La disposizione dell'art. 387 fu tratta dai codici sardi, e fu giustificata dal Pisanelli con due ragioni: la prima, che il contumace si presume siasi rimesso alla giustizia del magistrato soltanto per le domande formulate in citazione e non per altre; la seconda, « che l'attore poteva nella sua domanda fissare basi più estese alla causa, di quelle contenute nell'atto di citazione, sicchè non avrà diritto a lagnarsi che come di un fatto proprio se non potrà successivamente estendere l'oggetto della controversia ».

Nessuna di queste ragioni persuase il MATTIROLO, il quale si dichiarò contrario all'art. 387, perchè « non può la contumacia di una parte rendere deteriore la condizione dell'altra ».

L'inconveniente lamentato dal MATTIROLO è più immaginario che reale: poichè le occasioni di apportare modifiche alla domanda si verificano ordinariamente in dipendenza delle eccezioni del convenuto e dello svolgimento che assume la causa a seguito di queste eccezioni: il che non può avvenire nel giudizio contumaciale. Ma dato anche il caso che l'attore od il convenuto che propose domande riconvenzionali contro l'attore contumace intendessero modificare le loro domande, è chiaro che lo stato di contumacia della parte avversa impone il divieto delle modificazioni in

torio di primo grado, ove nel corso della contestazione possono proporsi domande nuove che siano in relazione col tema della controversia, come si argomenta dagli articoli 387, 490 c. p. c., 9 legge 31 marzo 1901 sul procedimento sommario.

---

conformità del più elementare principio di diritto, che non può giudicarsi sopra nessuna domanda che non sia stata portata a conoscenza di colui contro il quale è diretta.

Potrà allora la parte costituita in giudizio notificare al contumace un atto contenente le modificazioni alla domanda primitiva? Il MATTIROLO lo nega, pur dichiarandovisi favorevole in diritto costituendo. A me pare che nulla vi si opponga. Si consideri il caso del convenuto che ha notificato all'attore contumace una domanda riconvenzionale. Niente impedisce che, prima di sottoporre all'esame del magistrato questa domanda, il convenuto possa modificarla notificando un nuovo atto al contumace, perchè il divieto di « *prendere conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto fatto notificare all'attore* » non può razionalmente e giuridicamente significare altro che divieto di formulare conclusioni non portate a conoscenza dell'altra parte. Infatti, *conclusione* nella terminologia processuale è propriamente la domanda formulata nella *comparsa conclusionale*, che, nel moderno nostro procedimento ordinario, non si notifica all'altra parte. Onde, divieto di mutar la domanda *nelle conclusioni*, equivale a divieto di mutamenti non portati a conoscenza della parte contraria contumace.

Così, anche l'attore potrà notificare la domanda, ma dovrà farlo con un *atto di citazione* contenente la rettifica alla prima.

Poichè poi tali atti sono parti integranti di quelli prima notificati e ad essi intimamente connessi, in entrambi i casi non si può prescindere dall'esito della loro notificazione. Onde, se la prima citazione fu notificata in persona propria, non avrà effetto la seconda se anch'essa non verrà così notificata. E poichè anche se la prima notifica avvenne in mani terze può la parte intimata averla avuta recapitata, così ritengo che anche in questo caso sia necessario per la efficacia del secondo libello la notifica in persona propria.

Ma si chiede: è pure vietato restringere nelle conclusioni (cioè con comparsa non comunicata all'altra parte) la primitiva domanda?

L'art. 387, veramente, sembra resistere ad una risposta affermativa perchè vieta « *di prendere conclusioni diverse* »; ed una restrizione importa che le conclusioni finali siano diverse da quelle formulate nell'atto notificato. Tuttavia poichè l'art. 387 fu scritto per difendere il contumace dagli abusi della parte costituita, e non per stringere questa in una cerchia insuperabile sì da impedirle perfino ogni leale rettifica della domanda, e poichè nel più si contiene il meno, da tutta la nostra dottrina giustamente si ritiene che siano da ammettere le restrizioni alla domanda nella comparsa conclusionale.

Però nell'ammettere queste restrizioni è necessario imporre delle limitazioni: debbono cioè riguardare soltanto la cosa domandata (chiesi 1000, restringo a 500) senza mutare i fondamenti di fatto e di diritto della domanda; e non debbono apportare alcuna immutazione alla posizione processuale della lite. Così, nel giudizio relativo ad immobile soggetto a più giurisdizioni, promosso avanti l'autorità del luogo in cui trovasi la parte soggetta a maggior tributo verso lo Stato, non può l'attore nelle conclusioni restringere la lite alle sole altre parti soggette ad altra giurisdizione, perchè tale restrizione porta per conseguenza la incompetenza territoriale del magistrato adito, incompetenza che modifica radicalmente le condizioni del giudizio e che al convenuto non deve lasciarsi ignorare.

Così pure, se la domanda contenuta nella citazione eccede la competenza del giudice adito, non si potrà in contumacia del convenuto restringerla nei limiti di questa competenza e rendere quindi proponibile quella domanda che il convenuto conosce non esserlo.

Se nella citazione non si richiese l'esecuzione provvisoria della sentenza, potrà richiedersi nelle conclusioni? Ritengo di no, perchè nei riguardi del contumace le conclusioni non possono essere diverse da quelle a lui notificate: e la domanda di provvisoria esecuzione è evidentemente un'aggiunta onerosa alla domanda. E' una richiesta che il contumace ha diritto di contrastare: come potrebbe il magistrato giudicare su di essa, senza che sia stata portata a conoscenza della parte contro cui è diretta? Ed il pregiudizio del contumace è gravissimo, perchè, mentre egli si attende la notifica di una sentenza i cui effetti potrà eventualmente sospendere con l'opposizione o l'appello, gli sarà intimato un titolo immediatamente esecutivo. E d'altra parte, è proprio questo il caso in cui ha valore il motivo addotto dal Pisanelli a giustificare l'art. 387 cod. proc. civ., che l'attore imputi a sè stesso di non aver costituito basi più estese alla sua domanda nell'atto introduttivo del giudizio.

Avv. Alessandro MONTANI.

R. PRETURA DI VETRALLA

6 dicembre 1907

Laviani, *Est.*

Sagretti (avv. *A. Paolocci*) contro Di Lorenzo ed altri e Comunità di Barbarano Romano (avv. *G. B. Carosi*).

Il Comune non ha interesse a stare nel giudizio di spoglio promosso da un proprietario di terre contro alcuni cittadini che le hanno invase, reclamando l'esercizio di usi civici: quindi, se il Comune interviene in cotesto giudizio, rettamente il giudice lo esclude dalla lite (1).

Per il semplice fatto che gli abitanti di un Comune vantino diritti civici su determinate terre non è precluso al proprietario di queste di sperimentare l'azione di spoglio, ove, per essere avvenuto lo spoglio, ne ricorrano gli estremi; e niente giova al convenuto lo eccepire che il possesso del diritto civico si conserva solo animo, *quando manca al convenuto stesso la possibilità di tradurre in atto il diritto posseduto* (2).

Il convenuto non può opporre, nel giudizio di spoglio, l'eccezione quod feci jure feci (3).

La violenza necessaria ad integrare lo spoglio è costituita da qualunque arbitrio compiuto in rem *contro la volontà del possessore, e non occorre un vero conflitto di persone* (4).

Al convenuto nel giudizio di spoglio non è lecito di sperimentare in via riconvenzionale l'azione di manutenzione (5).

Il Pretore, ecc. — Osserva che anzitutto convien fare poche e rapide premesse circa l'affermazione della competenza di questa sede a conoscere, per ragione di materia, della causa presente, per ciò che nella comparsa conclusionale dei convenuti si accenna di straforo all'ipotesi di una dichiarazione contraria; onde la questione, se non proposta, viene affacciata sotto l'aspetto d'un insinuante punto interrogativo. Quella eventualità poi attingerebbe alla adombrata possibilità di credere che l'obbietto del giudizio involga o tocchi una controversia attinente alle servitù civiche, e quindi subentri la speciale competenza della Giunta d'arbitri, a stregua dell'art. 9 n. 3 testo unico della legge 3 agosto 1891. Ora è evidente che l'ipotesi non ha ragione d'essere, e per il dettato ampio e categorico dell'articolo 82 n. 2 cod. proced. civile, e per il testo dello stesso art. 9 dianzi ricordato, in relazione col successivo art. 11, non meno che per l'ermeneutica razionale della legge, coerente allo spirito che ne informa le disposizioni. In vero, la causa attuale ha per contenuto nient'altro che una pretta azione possessoria, circoscritta nell'orbita di certi rapporti di fatto, e precipuamente *personalis ex delicto*: scevra dunque da qualsiasi *questione in materia di servitù civiche*, nel senso che qui non vengono, nè possono venire in contestazione l'*esistenza*, o i *limiti* e la *natura* di tali servitù. Infatti la competenza speciale della Giunta d'Arbitri sta solo in riguardo a questioni siffatte di loro essenza petitorie, ed appunto perchè speciale, cioè derogativa delle ordinarie regole di competenza, deve, secondo i principî, essere contenuta nei ristretti confini segnati dalla parola della legge. Finalmente, mentre quella magistratura *sui generis* fu istituita allo scopo di ottenere, rispetto alle controversie gravi ed intricate sulla sostanza e modo di

(1-5) L'importanza che nella Provincia Romana hanno assunto oggi le controversie sugli usi civici spiega come noi abbiamo creduto opportuno di far luogo nella presente Raccolta a questa elaborata decisione del Pretore di Vetralla.

— (1) Infatti, nella specie, il Comune non fu l'autore *materiale* dello spoglio, nè si potrebbe seriamente sostenere ch'egli fosse *civilmente responsabile* dell'opera di alcuni violenti.

— (2) Sulla prima parte di questa massima veggasi conformemente Trib. civ. Roma 20 giugno 1906, est. NOCE, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 370, con nota, ove è indicata altra conforme decisione del Pretore di Castelnuovo di Porto.

Sulla seconda parte della massima può consultarsi pure Trib. civ. Roma 29 maggio 1907, est. GINI (stessa Raccolta, anno corr., pag. 325).

— (3) Conforme: Cass. Roma, 13 gennaio 1906, est. PUGLIESE, in questa Raccolta, anno 1906, pag. 150, con richiami nella nota.

— (4) Oltre i richiami fatti nel testo, può essere utile la consultazione della sentenza 20 giugno 1906 del Trib. civ. Roma (nostra Raccolta, 1906, 370) e dell'altra del Pretore di Castelnuovo di Porto ivi riferita nella nota.

— (5) Anche la decisione 7 luglio 1900 del Pretore di Messina — *Riforma giur.*, 1900, 283 — ritenne che ad una domanda di spoglio non si può contrapporre in riconvenzione altra domanda possessoria. Cfr. anche MATTIROLO, *Trattato di dir. giud. civ. italiano*, quarta edizione, vol. I, n. 274, nota 3, pag. 255.

essere degli usi civici, semplicità di forme ed economia di giudizi, punto consuete e possibili nei Tribunali ordinari, la stessa ragione non sussiste per cause possessorie, e specialmente di reintegranda, innanzi ai Pretori, che sono già ordinate in modo da procedere spiccie e con poca spesa trovando la loro sede naturale presso il magistrato più vicino, più adatto a decidere senza dilazione, e persino sulla semplice notorietà del fatto, quasi secondo la significazione dei prammatici *nullo iuris ordine servato* (art. 93 cod. proced. civile e 696 cod. civ.).

Che passando all'esame dell'insorta questione preliminare (e pure strettamente concatenata col merito della controversia), circa la legale instaurazione del contraddittorio, non sembra potersi sul serio negare che la presenza in giudizio del Sindaco di Barbarano Romano, quale rappresentante della Comunità, debba affatto escludersi. Ciò risulta ovvio e positivo per ragioni di sostanza insieme e di forma, che si fondano in questa conclusione: mancanza dei presupposti legali, giustificativi dell'intervento. Manca in primo luogo quell'interesse legittimo, che gli articoli 201 e 36 cod. proc. civile, e prima ancora la più irrefutabile logica dei principî, pongono a base dell'intervento; onde bene osserva l'egregia difesa dei signori Sagretti che nulla ha da vedere il Comune nel fatto rimproverato ad alcuni comunisti di aver invaso violentemente alcune terre bene o male da loro possedute.

All'uopo è da tener ben presente quale è il tema preciso, indefettibile della causa, e quale l'indole sua, che per sè stessa costituisce, nelle sue conseguenze esplicative, il motivo dominante della sentenza e la ragion genetica del decidere: è da ricordare cioè che siamo in materia possessoria, e propriamente di reintegrazione in possesso. Ciò significa che la azione proposta non ha altra causa che il *fatto illecito* della violenza spogliatrice; non ha altro obbietto che la ripristinazione immediata e provvisoria dello stato *quo antea*, al solo fine di reprimere l'esercizio dell'arbitrio privato; non ha altro fondamento che un possesso qualsiasi degli attori, non già qualificato per una serie speciale di requisiti, e molto meno espressione esteriore e godimento di un diritto sostanziale, ma anche precario, abusivo, non legittimo, semplice rapporto materiale delle persone con le cose, purchè — s'intende — caratterizzato da una mera qualsiasi *opinio* o pretesa, *fumus*, d'un interesse proprio e indipendente a tenerlo. Tale azione dunque scaturisce unicamente dalla perturbazione dello stato di fatto, infesta all'ordine sociale, sicchè nei rapporti che dalla violenta ed arbitraria innovazione derivano e dalle persone che ne furono soggetti attivi e passivi, può attingersi, con l'interesse giuridico, il diritto di esercitare l'azione medesima e di resistervi, escluso ogni altro rapporto ed ogni altra persona. Di qui non si esce. Ed è risaputo che le sentenze emanate nei giudizi possessori non influiscono sulla determinazione del diritto, ma lasciano integre e impregiudicate le relative questioni da esaminarsi e decidersi nella propria sede petitoria. Ne segue che nulla importano nella specie le massime giurisprudenziali riferite dallo zelante patrocinio dei convenuti e del Comune, perchè, se è vero che il sindaco ha la naturale rappresentanza dei suoi amministrati « in ogni singola questione che *riguarda i popolari diritti* », non è men vero — come si è già detto e dimostrato — che qui non si discute, nè può discutersi di *diritti popolari*, ma delle conseguenze proprie di una lamentata azione violenta, solo perchè tale.

A questa stregua, d'indiscutibile esattezza, manca anche al sindaco — e in ciò parimenti ben s'appongono i signori Sagretti — l'autorizzazione del Consiglio a stare in giudizio, nel senso che la rappresentanza comunale, quando prese la deliberazione del 5 settembre credè a torto di poter qui sostenere « la difesa del diritto civico di semina » (sono parole testuali), e in tanto volle che il sindaco si presentasse ad assumere la causa contro gli attori, in quanto suppose trattarsi non di scagionare i 27 cittadini dall'accusa d'arbitrio violento, per sè stesso illecito, che sa di delittuoso, anche se la condizione di cose contro cui si è esercitato sia per avventura non consona alla sostanza del diritto, e tutelabile secondo la volontà di colui *qui in ea instituit* — ma nientemeno di « ottenere il riconoscimento dei diritti del popolo » finanche « sugli *altri quarti* aperti » del territorio di Barbarano.

E' vero che, in fondo, ed almeno larvatamente, questo appunto il sindaco tenterebbe di fare, all'ombra e sotto gli auspici della ventilata azione riconvenzionale di manutenzione; ma se pur essa non fosse penetrata di petitorio, perchè irta d'indagini e presupposti di vero e proprio merito, qui affatto da pro-

scrivere, e se pur non fosse da coltivare l'eccezione, che la difesa dei signori Sagretti desume dall'art. 195 della legge comunale e provinciale, è intanto assiomatico che, per ciò che attiene alla cenata riconvenzionale, la questione dell'intervento in giudizio del sindaco rimane assorbita, perchè vedremo fra poco — e già si intravvede abbastanza dalle cose discorse — come, da qualunque parte provenga, detta riconvenzione sia essa medesima inammissibile.

Che invano i convenuti contestano agli avversari il diritto di esperire l'azione di spoglio in odio alle invasioni di terre loro ascritte, negando che ne concorrano gli estremi, quando precisamente gli attori si accingono a fornire di questi estremi la prova specifica. Non vale accampare il godimento di un uso civico di semina sulle terre invase, e trincerarsi dietro l'affermazione (per verità arrischiata e bizantina) che siano inammissibili onninamente le azioni possessorie » in pregiudizio » dei diritti civici, perchè questi si sottraggono alle norme del diritto comune. A parte che tutta questa difesa si avvolge in una tipica petizione di principio, perchè dà per assodata la esistenza dell'uso civico, col relativo esercizio costante, mentre ciò non risulta, e sarebbe da dimostrare, se la sede di questo giudizio non ne vietasse la dimostrazione, a parte tale difetto cardinale dell'assunto dei popolani Barbaranesi, non è plausibile, nè fondata in alcuna legge o principio di ragione, l'asserita incivile immunità, quasi assurdo diritto d'asilo, onde basti esporre la bandiera d'una pretesa d'uso civico, per sottrarsi financo a quell'azione di reintegranda, con la quale si difendono, per una suprema ragione sociale, le personalità private e l'ordine pubblico contro atti di forza illecita e di frode, e voglionsi annullare tutte le conseguenze di fatti delittuosi. E se l'uso civico, come quello che è destinato a sopperire a bisogni urgenti dei popoli, si impone e non patisce stasi, altrettanto e più ancora sovrasta, è indefettibile e non tollera dilazione (come *in terminis* detta la stessa legge) il rispetto dell'autorità pubblica che esige la repressione inesorabile di qualunque manifestazione d'una privata autorità, ove tenti di sovrapporsi ad essa: *non est singulis concedendum quod per magistratum publice potest fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi. Tueri enim jus suum debet, non iniuria comminisci.* Onde una recentissima sentenza della Corte Suprema di Roma 26 febbraio 1907, Hardouin c. Comune di Castel Gandolfo (in *Pal. di Giust.* 1907, 199), che si occupa proprio di usi civici, dichiara che la giurisdizione possessoria si esercita sempre negli stessi confini « qualunque sia l'oggetto » a cui l'azione si riferisce, non eccettuata la materia in discorso.

Senonchè i convenuti ricorrono ad una mirabile astrazione, dicendo che il possesso degli usi civici si mantiene in potenza col solo animo e si traduce in atto tutte le volte che il bisogno lo reclami; che perciò esso non può soffrire *sospensione* o detrimento, e che dunque perdurando nei Barbaranesi *solo animo* il possesso del diritto di semina sulle terre dei Sagretti per attuarsi a quell'intervallo che la pratica anteriore aveva sancito giusta l'articolo 700 codice civile, i Sagretti stessi non poterono avere e non ebbero mai un *quasi possesso* qualsiasi di quel diritto, per il principio: *duorum in solidum possessio esse nequit.* Così verrebbe a difettare il primo requisito dell'azione intentata.

Ora, anzitutto, la conservazione del possesso *animo tantum* non è una peculiarità degli usi civici, e può verificarsi rispetto a tutti i diritti reali; ma che perciò? Se i convenuti ad arte parlano di *quasi possesso* degli avversari, per riferirlo al *diritto* di semina e stabilirne l'incompatibilità col *quasi possesso* di questo medesimo diritto potenzialmente durevole in loro, ciò non tramuta la verità delle cose, la quale è che i Sagretti deducono e vogliono garantita invece la *detenzione materiale del fondo*, che si pretende gravato di quel diritto: le due proposizioni sono ben diverse, e l'una penetra e limita l'altra. Il quasi possesso dei diritti reali già in diritto romano che è la *sedes materiae* (a parte l'influenza del diritto canonico, aiutato dai concetti germanici, sul tema della reintegranda, dove il nostro sistema vi si riannoda a preferenza) non diveniva efficace ed effettivo che *exercitandosi sopra una cosa fisica*, della quale si avesse la detenzione, e in tal guisa soltanto partecipava, in ordine alla *possessio plurium in solidum*, della stessa incompatibilità nel possesso diretto. Oggi le cose non sono sostanzialmente diverse: la volontà, l'*animus*, a nulla giova, quando il potere fisico sulla cosa, il *corpus*, non sia possibile che venga esercitato; e, *licet possessio solo animo retineri possit, hactenus possidetur, quatenus, si velimus, na-*

turalem possessionem nancisci possumus. (L. 4 Cod. de adq. poss. — e Fr. 13 paragrafo 3 Dig. 41 2). Donde il Savigny trasse la regola, per la conservazione del possesso essere bastevole e necessario che la facoltà di disporre della cosa posseduta *si possa far nascere ad arbitrio*, e quindi il possesso d'una cosa immobile si perde *dal momento che la possibilità di disporne è già sparita*.

Insomma la possibilità di riprodurre la facoltà di disposizione, o altrimenti di tradurre in atto il diritto posseduto, bisogna che non venga mai meno; se no, il possesso è interrotto, vi è privazione di possesso; nè questo può conservarsi *solo animo*, quando manchi il modo di rinnovare l'esercizio degli atti possessori, come avviene, allorchè, negli intervalli tra i diversi atti di godimento, siasi esercitata sulla cosa che forma obbietto del diritto una potestà altrui. In breve, l'animo di possedere, senza la possibilità fisica di attuare il possesso sopra la cosa, è una larva, un'ombra, non un possesso, è una inutile idea metafisica, che non può produrre effetti concreti. Nella specie, il vantato diritto di semina dei Barbaranesi doveva pur essere in grado di esplicarsi sopra le terre da seminare, ma nel punto in cui tale esplicazione fu, secondo la tesi attrice, resa impossibile dall'esistenza del contrario potere materiale sulle terre, *il possesso del diritto fu vulnerato*, e stette invece il *possesso della cosa*, se anche abusivo e illegittimo, da parte di chi vi si era insediato, dimostrando con ciò una volontà avversa a quell'esercizio.

Pertando — sempre stando alla tesi — non è neppure il caso di chi, a detto di Labeo: *per vim possessionem suam retinuerit*, nel quale non vi ha spoglio, in omaggio al principio *vim vi repellere;* giacchè unanimemente si insegna che in tale ipotesi bisogna che il possesso venga ritolto *in ipso congressu* all'invasore, mentre, come si esprime il Wodon (citato da Cesareo-Consolo, *Possesso e azioni possessorie*, cap. XIX, n. 509), « se il mio aggressore abbia continuato a possedere durante un certo elasso di tempo materiale, sufficiente per far considerare il suo possesso come certo, se io non lo abbia respinto che molto tempo dopo, la legge si oppone alla mia violenza, che non è più la legittima difesa, esercitata *ex incontinenti et non ex intervallo*, come voleva la legge romana ».

Che i convenuti eccepiscono ancora il difetto dell'altro estremo dello spoglio, la *violenza*, nel fatto loro attribuito, sia perchè, avendo essi esercitato un proprio diritto di possessori legittimi, *quod fecerunt, iure fecerunt, et qui iure suo utitur nemini facit iniuriam*, sia perchè essi *pacificamente*, a' lor dire, iniziarono dei puri e consueti lavori di coltivazione agraria, senza alcun eccesso o disordine, e senza animo di spogliare.

Ma, quanto alla prima parte di codesto ragionamento, dopo tutto ciò che si è detto, non occorre altro davvero a dimostrare come esso si aggiri nel solito circolo vizioso, e non possa influire nel dibattito attuale, stante il suo obbietto e l'indole sua. Si noti, d'altronde, che dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che, la reintegrazione dovendo essere ordinata persino contro il proprietario della cosa di cui si è patito lo spoglio (art. 696), in omaggio alla massima « *spoliatus ante omnia restituendus* », nessuna eccezione di proprietà è ammissibile in siffatti giudizi, e quindi, anche, nessuna eccezione fondata sulla legittimità del possesso. Onde prosegue il Cesareo-Consolo (già citato, n. 575): « Non è ammissibile l'eccezione *quod feci iure feci*, ed ogni altra indagine di diritto, riguardante la pertinenza della cosa, sia sotto il punto di vista della proprietà, come del possesso ». E di recente, la Cassazione di Torino (13 novembre 1906, in Foro It. 1907, I, 135): « All'azione di spoglio si possono opporre *soltanto* eccezioni sulla realtà del fatto spogliativo ».

Circa il secondo punto, tutto sta a vedere che cosa intendono i convenuti con l'avverbio « *pacificamente* » il quale, del resto, sarebbe indice di una semplice questione di fatto, cioè un normale obbietto di prova contraria, da opporre alla prova chiesta dagli attori sugli altri antitetici avverbi usati da loro: « *prepotentemente e violentemente* »; e mai varrebbe a *priori* a far respingere tale prova e dichiarare addirittura — come si vorrebbe — inammissibile l'azione. Ma è noto che se, giusta la più sana dottrina, la violenza, *vis*, in tema di spoglio non consiste puramente nel giustinianeo *non reposcere per iudicem*, essa però è costituita da qualunque arbitrio compiuto *in rem* contro la volontà espressa o presunta del possessore; non occorre un vero conflitto, un contrasto di persone, ma basta che una delle parti, di sua propria autorità, abbia commesso un atto contenente una innovazione tale che non siasi potuta compiere senza ledere la tranquillità e la protezione che ogni individuo

ha diritto di ottenere dalla forza delle leggi, e senza compromettere la pace sociale. « Spoglio violento » insegna con frase scultoria il Pacifici Mazzoni (Istit. III. n. 53) — è qualunque atto arbitrario che per forza privata si compie contro la volontà dello spogliato; per esso non si richiede la *vis atrox*, ossia una violenza materiale un attacco contro la persona ma basta che la violenza sia adoperata sulle cose con disprezzo della legge e della pubblica autorità ».

Ora, come sarebbe seriamente disputabile che tali estremi ricorrano, quando taluno si presenta in un fondo che il possessore o detentore vuole lasciato sodo, e peggio ancora (come in qualche parte accennano i signori Sagretti) ha cominciato a lavorare per suo conto e, con l'arbitrio più sfacciato e invadente, si dà a zapparlo, a seminarlo, ed altro, a proprio talento e vantaggio escludendo perciò il possessore stesso? *Vim facit qui non sinit possidentem eo quod possidebit uti arbitrio suo, sive inerendo, sive fodiendo sive arando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.* (Fr. 11. D. de vi etc.). Anche questa è *dejectio*, è *vis expulsiva;* tanto più quando vien messa in opera non da solitari, ma da drappelli di bifolchi, armati dei loro strumenti di lavoro, atti con la sola imponenza del numero, ad incutere il *metus turbae* di cui parla Ulpiano; e nella provincia romana, poi, dove le competizioni per le terre sono sempre vive e scottanti con esempi di violenze assai peggiori; e poi ancora coi precedenti, ammessi da entrambe le parti, di annosi e continui litigi fra Barbaranesi e i Sagretti.

Finalmente, per ciò che attiene all'animo di spogliare, esso meno che mai è da sconoscere nella specie, come quello che consiste nella contrapposizione d'una volontà di possedere ad altra volontà. Ossia, si richiede la coscienza di far cosa che dal possessore non potrebbe non essere impedita, e che la manomissione del possesso altrui abbia un carattere non occasionale e transitorio, ma riveli la pretesa sull'altrui ragione di possedere.

Ora, quando si è agito scientemente, è logico non potersi allegare di non avere avuto intenzione di spogliare.

Concludendo, *ut res sunt espositae*, non può in alcun modo essere conteso agli attori il diritto (che si sposa al dovere) di integrare con le deposizioni dei testimoni la prova della verità del loro esposto, circa il possesso e circa l'invasione, già suffragata in buona parte dalle stesse dichiarazioni degli interessati. Onde si deve provvedere in conseguenza, e con la maggiore celerità possibile (art. 696 già ricordato).

Che ormai non rimane se non il compito poco malagevole di dar ragione della assoluta ed evidente inammissibilità della riconvenzione tentata dai Barbaranesi contro gli attori, e quindi della relativa prova proposta. Già la soluzione promana *ex visceribus* di tutta la sentenza presente; e la migliore e maggior parte degli scrittori (fra i nostri, il Cesareo-Consolo, *op. cit.*, cap. XXI n. 561 e seg.; Vitali, *La riconvenzione in materia civile*, n. 310; Coppola, *Procedura civile avanti i Pretori*, volume I, pag. 287) ritiene che non possa il convenuto in reintegra opporre in linea riconvenzionale querela di turbato possesso. Infatti, ciò sarebbe lo stesso che paralizzare l'azione efficace della reintegra e annichilire il suo principio fondamentale: *spoliatus ante omnia restituendus;* e se la legittimità del possesso dello spogliatore non può opporsi *ope exceptionis*, come s'è visto, a maggior motivo non può opporsi in reazione. Aggiungasi che, secondo i principi, la riconvenzione non è ammissibile se non in quanto non intralci la pronta decisione dell'azione principale, mentre l'istruttoria per la turbativa diretta a stabilire la legittimità del possesso avrebbe immancabilmente per effetto di ritardare la soluzione della reintegra.

Aggiungasi ancora che, a riscontro con l'azione di spoglio, la manutenzione ha diversa natura e diverso obbietto, cioè non ha la connessione voluta dalle regole di procedura (articolo 100 cod. proc. civ.). Al qual proposito osserva il Cesareo-Consolo suddetto: « Quando io domando contro Tizio di reintegrarmi nel possesso ch'egli mi ha tolto *vi aut clam*, il fatto che egli mi oppone di essere legittimo possessore della cosa, non ha nulla da fare con quello da me libellato; manca quella connessione, che, per quanto in forma poco precisa, possa far sorgere la continenza di causa, la riconvenzione. All'azione dedotta se ne oppone un'altra d'indole ben diversa, come diverso è il fatto giuridico. Oltrechè poi, anche provato il dedotto dallo spogliatore, sarebbe un *frustra probas*, perchè, di fronte alla reintegra, non varrebbe alcuna eccezione nè di proprietà nè di legittimo possesso ».

Questo in generale: in particolare, poi, l'azione di turbativa desunta nella specie dalla pretesa molestia di diritto, che si fa consistere nella citazione, cioè da un fatto posteriore al lamentato spoglio, pecca ancora di presupposizione, ed è inutile, perchè, o l'azione di spoglio è fondata, e la relativa citazione non può costituire una molestia, secondo il principio stesso invocato dagli attuali convenuti « *Qui iure suo utitur nemini iniuriam facit* », onde la domanda di manutenzione non ha base; o l'istanza di reintegra risulta infondata, si da assumere l'aspetto d'una ingiusta turbativa, e allora quando essa è rigettata, il preteso spogliatore è per ciò solo vittorioso, e l'azione di manutenzione non ha affatto, ovvero ha scarso scopo pratico. Ad ogni modo essa non può che formare obbietto d'un giudizio autonomo, subordinato all'esito di quello sullo spoglio, secondo il concetto anche dell'art. 697 cod. civile.

Per questi motivi ecc.

Fine dell'annata 1907

INDICI DELL'ANNATA

INDICE ALFABETICO PER MATERIA

Questo in generale: in particolare, poi, l'azione di turbativa desunta nella specie dalla pretesa molestia di diritto, che si fa consistere nella citazione, cioè da un fatto posteriore al lamentato spoglio, pecca ancora di presupposizione, ed è inutile, perchè, o l'azione di spoglio è fondata, e la relativa citazione non può costituire una molestia, secondo il principio stesso invocato dagli attuali convenuti « *Qui iure suo utitur nemini iniuriam facit* », onde la domanda di manutenzione non ha base; o l'istanza di reintegra risulta infondata, si da assumere l'aspetto d'una ingiusta turbativa, e allora quando essa è rigettata, il preteso spogliatore è per ciò solo vittorioso, e l'azione di manutenzione non ha affatto, ovvero ha scarso scopo pratico. Ad ogni modo essa non può che formare obbietto d'un giudizio autonomo, subordinato all'esito di quello sullo spoglio, secondo il concetto anche dell'art. 697 cod. civile.

Per questi motivi ecc.

Fine dell'annata 1907

INDICI DELL'ANNATA

INDICE ALFABETICO PER MATERIA

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI

NUMERO del Registro di Cancelleria	DATA DELLA DECISIONE		PAGINA della Raccolta
284	3	aprile	210
285	3	»	209
289	5	»	294
297	6	»	295
310	9	»	296
312	10	»	212
313	12	»	297
320	13	»	260
326	13	»	434
327	13	»	337
332	16	»	214
334	16	»	338
340	17	»	298
345	20	»	261
355	24	»	392
371	29	»	593
384	4	maggio	304
385	4	»	303
386	4	»	394
387	4	»	218
388	4	»	300
401	7	»	306
403	7	»	307
404	8	»	263
405	8	»	396
406	10	»	264
421	11	»	339
430	14	»	299
433	14	»	219
435	15	»	266
440	18	»	268
454	22	»	340
457	22	»	343
460	22	»	344
467	25	»	529
479	27	»	272
487	29	»	274
497	4	giugno	346
509	10	»	310
519	11	»	481
521	12	»	277
522	12	»	348
530	15	»	397
539	19	»	399
541	21	»	349
543	22	»	401
544	22	»	311
549	25	»	356
562	1	luglio	312
572	2	»	403
588	3	»	359
595	5	»	403
597	6	»	351
600	6	»	362
611	12	»	435
616	12	»	482
621	12	»	404
623	12	»	405
627	12	»	484
629	12	»	407
634	12	»	409
635	12	»	438

NUMERO del Registro di Cancelleria	DATA DELLA DECISIONE		PAGINA della Raccolta
640	29	luglio	442
644	29	»	444
649	5	agosto	447
651	5	»	484
653	5	»	448
655	12	»	450
658	12	»	451
662	12	»	487
676	26	»	488
677	26	»	489
678	26	»	453
680	1	settembre	458
681	2	»	460
684	9	»	489
685	9	»	462
686	9	»	465
689	9	»	491
692	16	»	492
699	7	»	494
702	7	»	495
703	7	»	497
709	21	»	498
710	21	»	500
711	28	»	503
714	28	»	505
720	4	novembre	506
721	4	»	509
725	12	»	511
726	12	»	512
742	23	»	515
748	26	»	517
837	17	dicembre	530

Giunta degli Arbitri

9	21 maggio 1907	233

Corte di Appello di Roma

1906

229	28	aprile	131
671	22	ottobre	178
730	6	dicembre	79
738	11	»	26
763	15	»	35
764	18	»	81
770	18	»	82
791	22	»	220
816	29	»	181

1907

1	10	gennaio	40
3	10	»	134
6	12	»	83
27	31	»	85
—	1	febbraio	136
30	5	»	138
39	9	»	315
112	9	marzo	222
120	14	»	226
131	21	»	182

NUMERO del Registro di Cancelleria	DATA DELLA DECISIONE	PAGINA della Raccolta	NUMERO de Registro di Cancelleria	DATA DELLA DECISIONE	PAGINA della Raccolta
180	9 aprile	279	482	27 marzo	191
193	13 »	519	784	26 aprile	238
223	25 »	228	1118	29 maggio	325
225	27 »	230	1207	5 giugno	330
—	28 maggio	283	1246	7 »	284
361	8 giugno	521	1425	28 »	379
389	13 »	466	1513	5 luglio	418
746	11 luglio	320	1522	5 »	425
760	13 »	469	1582	12 »	423
803	13 »	411	1595	15 »	478
775	18 »	323	1666	19 »	371
784	18 »	472	1679	22 »	427
785	20 »	364	1906	2 agosto	375
827	25 »	410	2530	25 novembre	523
845	1 agosto	413	2617	9 dicembre	526
865	21 »	370	2871	30 »	534
875	8 settembre	473			
896	14 »	476		**Preture di Roma**	
905	14 »	416			
1055	21 dicembre	532		**1906**	
	Tribunale civile di Roma		510	(6° Mand.) 16 agosto	95
	1906			**Pretura di Albano Laziale**	
1505	16 luglio	141			
2187	26 ottobre	91		**1907**	
2657	21 dicembre	93	—	30 agosto	882
2763	31 »	87			
	1907			**Pretura di Vetralla**	
—	4 febbraio	88		**1907**	
188	20 »	143			
190	20 »	184	—	6 dicembre	541

INDICE

di alcune note più importanti

Avv. A. SANTE MARTORELLI, Direttore responsabile.

Società Tipografico-editrice Romana - Via delle Coppelle num. 35 - Roma.



